

TRABAJO FIN DE GRADO

EL PERMISO POR PATERNIDAD

Autores

Paula Manero Baldovin
Sergio Traín Campos

Directoras

Montse Navarrete Lorenzo
Susana Torrente Gari

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo
2016

ÍNDICE

1. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.....	1-2
2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PATERNIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE UN PERMISO REMUNERADO	
2. A) Conciliación y corresponsabilidad.....	2-9
2. B) Consideraciones generales sobre la Ley Orgánica de Igualdad y el permiso de paternidad.....	9-12
2. C) Referencia al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de género y sexo y el permiso de paternidad.....	12-17
3. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO.....	17-24
4. EL EJERCICIO DEL DERECHO AL DISFRUTE DEL PERMISO POR PATERNIDAD	
4. A) Aproximación.....	24-27
4. B) Titularidad del permiso.....	28-35
4. C) Situaciones protegidas.....	35-37
4. D) Duración del permiso y modalidades de disfrute.....	38-42
4. E) Referencia a la extinción por despido.....	43-45
4. F) Requisitos formales.....	45-50
4. G) La prestación económica.....	50
4.g.1) Los sujetos beneficiarios.....	50-54
4.g.2) Cotización.....	54-55
4.g.3) La cuantía de la prestación.....	55-57
4.H) La extinción del derecho a la prestación.....	57
4.h.1) Posibles interacción entre la situación/prestación por paternidad y una eventual situación por incapacidad temporal.	58-60
4.h.2) La gestión de la prestación por paternidad.....	60
4. I) Referencia al personal laboral al servicio de las administraciones públicas.....	61-62

4. J) La maternidad subrogada.....	62-69
5. CONCLUSIONES.....	69-72
BIBLIOGRAFÍA.....	73-82

1. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

En este trabajo se pretende hacer un estudio del permiso por paternidad reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello se hace un análisis detallado de su regulación. La estructura responde a dos apartados: uno, dedicado al contexto general de la Ley Orgánica de Igualdad para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, para lo que se tratan temas generales que afectan a su contenido y regulación (la incidencia del permiso en la corresponsabilidad; aspectos constitucionales, de Derecho comunitario etc.); y el segundo, referido al ejercicio específico del derecho y su interpretación por los pronunciamientos de los tribunales.

Fundamentalmente la metodología utilizada es jurídica; si bien en el primer apartado se incluyen algunas referencias y textos propios del ámbito de la sociología. Para ello, hemos acudido a artículos doctrinales y al estudio de los pronunciamientos judiciales, para saber cómo se interpreta la regulación. Por tanto, el objetivo fundamental, consiste en poner de manifiesto los defectos y los beneficios del permiso por paternidad y la aplicación específica de la normativa.

Sin embargo, hay temas que hemos tenido que dejar a un lado para que el estudio no resultase muy amplio.

Así, no se va a analizar:

1.- La regulación en el ámbito de la función pública, el estudio se limita al derecho “laboral” en sentido estricto. Para abordar ese tema deberíamos haber incluido los pronunciamientos de los tribunales del Orden contencioso-administrativo, y resultaba excesivo, porque los principios en los que se fundamentan son diferentes a los del Orden social.

2.- Tampoco se analiza, jurídicamente, el Derecho comparado, hemos preferido centrar el examen en el ordenamiento español.

3.- Por último, al estudiar algunos artículos nos hemos dado cuenta de que la jurisdicción civil no siempre acepta el término “el otro progenitor” en los mismos términos que la social; pero entrar en este tema supondría abordar diversas cuestiones de Derecho Civil, y el tema se centra en el contexto laboral.

Sin embargo, y lo que es más importante nos gustaría destacar que sí que hemos analizado:

1.- Las implicaciones de la diferencia entre conciliación y corresponsabilidad, incluyendo referencias propias del ámbito de la sociología; y las cuestiones sobre discriminación y la incidencia del Derecho comunitario.

2.- Un estudio detallado de todas las cuestiones que derivan de los requisitos, titularidad, efectos etc. del permiso por paternidad, para así saber qué se regula por el ordenamiento y cómo esas normas son aplicadas por los tribunales, que es lo que nos ha facilitado conocer la concreción del ejercicio del derecho (epígrafe 4).

A partir de estas tareas, por supuesto que hemos elaborado unas conclusiones, que recogen las aportaciones que muchas veces ya hemos ido manifestando, a la vez que escribíamos este trabajo.

Para finalizar se recoge toda la bibliografía y fuentes citadas, diferenciando: los artículos y libros doctrinales, las páginas web, las sentencias de los distintos tribunales, y las fuentes normativas (primero las de nuestro ordenamiento jurídico y después las del Derecho de la Unión Europea).

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PATERNIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE UN PERMISO REMUNERADO

2. A) Conciliación y corresponsabilidad

Existen varias definiciones sobre el concepto de conciliación, pero hay dos fuentes muy destacadas.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2007) define el concepto de conciliación como *“el equilibrio en la participación de los trabajadores en la vida familiar y en la vida laboral con la finalidad de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal. Este equilibrio se produce cuando hay una organización y restructuración en las empresas, para que los trabajadores puedan disfrutar de sus familias, siendo esto beneficioso para la empresa, ya que así los trabajadores son mucho más productivos al estar más satisfechos. Se trata del desarrollo pleno de las personas en el ámbito del trabajo, afectivo, familiar, personal de ocio, estudio e investigación, y a disponer de tiempo para sí mismos”*¹.

¹ Programa Operativo Lucha contra la Discriminación 2007 - 2013.

La definición que da la Real Academia Española sobre conciliación es la siguiente: *“componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí”* y como una segunda acepción nos lo describe como *“conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias”*.

Ambas definiciones coinciden en lo fundamental, resumiéndolo como el intento de compaginación de un trabajador/a de su vida laboral, realizando satisfactoriamente su trabajo y de forma productiva para la empresa, con su vida familiar, atendiendo a los suyos y participando en las tareas del hogar y en el cuidado de los hijos/as y del resto de la familia. Se trata de un equilibrio en el que tanto el/la trabajador/a como la empresa, están más satisfechos/as porque se comprometen más con su trabajo y con la empresa, y son más productivos y por lo tanto más rentables.

El Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco (2010) destaca dos elementos fundamentales que la conciliación laboral y familiar garantiza, que son²:

- Que tanto madres como padres tengan la posibilidad de acceder al mercado laboral, y a su permanencia, sin que esto les afecte negativamente a su círculo familiar.
- Que tanto las madres como los padres puedan hacerse cargo de la educación de sus hijos/as y de la atención a las personas dependientes de la familia.

Estos son algunos de los beneficios que se obtienen por la aplicación de las medidas de conciliación³:

- Aumento de la productividad.
- Captación y retención del talento.
- Reducción del absentismo laboral.
- Mejora del clima laboral.
- Aumento de la implicación de la plantilla.

² GOBIERNO VASCO, DEPARTAMENTO DE EMPLEO Y POLÍTICAS SOCIALES (2010). ¿Qué es la conciliación personal, familiar y laboral? Disponible en: http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.eus/r45-conccont/es/contenidos/informacion/conc_que_es/es_info/que_es_conciliate.html%20--%3E

³ INSTITUTO DE LA MUJER, (2007) *De la conciliación a la corresponsabilidad, buenas prácticas y recomendaciones*, Madrid (p. 11 y ss.).

http://www.mujeresespanolas.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=865:de-la-conciliacion-a-la-corresponsabilidad-buenas-practicas-y-recomendaciones&catid=87:igualdad&Itemid=66&el_mcal_month=9&el_mcal_year=2010

- Reducción de la rotación de los trabajadores y los costes de reincorporación.
- Obtención de bonificaciones derivadas de su aplicación.
- Mejora de la imagen de las empresas al ser vista como una "empresa familiarmente responsable", de manera que la imagen de la empresa repercutirá positivamente en los resultados comerciales de la misma.
- Promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Además de esta definición de conciliación, existen las políticas de conciliación, como medidas públicas que tratan de conseguir que hombres y mujeres tengan la posibilidad de compaginar las tareas del hogar y el cuidado de personas dependientes, estando a su vez activos en el mundo laboral⁴.

Desde el Área de Gobierno de Familia y de Servicios Sociales de Madrid junto con otras siete organizaciones se plantea partir de un compromiso o marco estratégico, que hará posible un cambio de mentalidad hacia empresas más flexibles y conciliadoras, las cuales fomentarán la igualdad de oportunidades. Esto será posible si se implanta una buena estrategia por parte de la empresa.

Este compromiso o marco estratégico está formado por los siguientes puntos, que están íntimamente ligados e interrelacionados:

- La sensibilización.
- La comunicación interna.
- La valoración del capital humano.
- El control y seguimiento.

Las medidas operativas con las que pueden contar las personas, según esta misma propuesta para una mayor conciliación y, las cuales destaca son:

- Medidas de organización flexible del tiempo y del espacio de trabajo. Se trata de medidas que se encargan de organizar el tiempo y el espacio de trabajo, para que de esta forma se adecue y se adapte de mejor manera a los trabajadores. Algunos ejemplos de ello podría ser el tele-trabajo o las jornadas comprimidas.

⁴ CÁNOVAS, A.; ARAGÓN, J. y ROCHA, F. (2005). "Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas". Cuadernos de Relaciones Laborales, 2 - 1 (p.73 y ss.).

- Medidas de apoyo y desarrollo profesional, las cuales potencian las habilidades y capacidades de los trabajadores a través de medidas de formación entre otras.
- Servicios a la persona o beneficios sociales. Se trata de servicios que pone la empresa para uso y disfrute de sus trabajadores, haciendo así que mejore su calidad de vida y sea mayor su conciliación familiar y laboral. Algunas de estas medidas son el aparcamiento y el gimnasio en el centro de trabajo, el servicio para el cuidado de menores, y ayuda psicológica entre otros.
- Medidas de contratación y retribución. Son aquellas que garantizan que la situación familiar y personal del trabajador no es un impedimento, ni para su selección, ni para su contratación, ni para su promoción. Algunas de estas medidas son las políticas de estabilidad en el empleo y las ayudas para la familia.

Ahora bien, *en la actualidad hay que diferenciar los términos conciliación y corresponsabilidad*. Históricamente las tareas provenientes de la vida profesional y familiar se distribuían según el sexo. La consecuencia de ello era que los hombres se dedicaban al ámbito productivo o ambiente público, mientras que por otro lado las mujeres eran aisladas en el ámbito reproductivo o ambiente privado. Aun produciéndose una creciente y progresiva incorporación al mercado de trabajo de la mujer como asalariada, la estricta separación sexual del trabajo sigue manteniéndose (un ejemplo de esto es el mantenimiento de la agrupación laboral “pink collar”⁵). Además habría que apuntar que la mujer se ha mantenido en el mercado de trabajo, pero el aumento del dominio del espacio público por parte de la mujer, no ha conllevado el abandono en gran parte de las responsabilidades del espacio privado. Los hombres asocian el empleo a la provisión económica, sin embargo las mujeres lo asocian al desarrollo de su identidad como personas autónomas e independientes⁶. En la maternidad y paternidad, los hombres no excluyen sus necesidades individuales, mientras que las mujeres sí que lo hacen, por lo que estas se hacen cargo del trabajo productivo y familiar, lo que provoca estrés y culpabilidad. Para las mujeres prevalece la vida familiar a la laboral, aunque ello conlleve renunciar a considerables aspectos en su desarrollo tanto profesional como personal.

⁵ Se trata de un término atribuido a las ocupaciones “dominadas” por mujeres diferenciándose así, de las ocupaciones de cuello blanco “white collar” y de cuello azul “blue collar”.

⁶ RODRÍGUEZ, M.C. y FERNÁNDEZ, C.M. (2009). “Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2 – 2 (p. 257 y ss.).

En esos términos se entendería el concepto estricto de *conciliación*, con una existencia de contradicción en su diseño, derivada del hecho de estar pensadas y diseñadas para mujeres, ya que esconde una determinada división sexual del trabajo⁷. La conciliación así entendida no ofrece soluciones para hacer frente a las responsabilidades familiares.

Así, se entendería que el objetivo fundamental se resume en que la vida familiar no perjudique *a la mujer*, que en el ámbito laboral supondría que existen permisos y jornadas que le permiten trabajar sin tener que renunciar a las responsabilidades familiares. En ese sentido se diferenciaría del concepto de *corresponsabilidad*, que busca que *el esfuerzo de mujeres y hombres* resulte equilibrado⁸. Se trata de que cualquier persona, hombre o mujer, pueda participar en igualdad de condiciones en la esfera pública y en la esfera privada, si así lo desea. Por tanto, sería mejor hablar de *conciliar, desde la corresponsabilidad*, lo cual supondría compartir las tareas domésticas y las actividades de cuidados entre hombres y mujeres para que tanto unos como otras tengan las mismas oportunidades de desarrollo personal y profesional⁹.

Se puede definir la corresponsabilidad, como la “asunción equitativa por parte de hombres y mujeres de las responsabilidades, derechos, deberes y oportunidades asociados al ámbito de lo doméstico, la familia y los cuidados”¹⁰.

Así, en el ámbito laboral el tipo de medidas para hacer compatibles la vida laboral con su vida familiar y personal dirigidas a facilitar que sean los varones los que se impliquen en las tareas de cuidados, son, medidas¹¹:

- Dirigidas específicamente a ellos.
- Genéricas, pero que indirectamente, inciden más en los padres o que se facilita que sean utilizadas por ellos.

Conciliación y corresponsabilidad no son por tanto conceptos excluyentes, sino complementarios. Hay medidas que deben ser *dirigidas exclusivamente a las mujeres por cuestiones biológicas*; (por ejemplo la prestación de riesgo durante el embarazo; el tiempo imprescindible de descanso de recuperación por parto; la prestación de riesgo

⁷ TORNOS MARTIN, T. y ROMERO COLON, S. (Diciembre 08) “La conciliación de las jóvenes trabajadoras: nuevos discursos, viejos problemas”, *Revista de Estudios de juventud*, nº 83 (p. 102).

⁸ CARRASCO, C. (Marzo 2006) “La paradoja del cuidado: necesario pero invisible”, *Revista de Economía Crítica*, nº 5, Valladolid (p. 108).

⁹ CARRASCO C, “La paradoja...cit. (p. 109).

¹⁰ Véase: *Estudio sobre buenas prácticas en conciliación de vida laboral, personal y familiar dirigidas a varones* (2006), Comisión de Tiempos y Trabajos del Observatorio de la Igualdad.

¹¹ “Estudio sobre buenas prácticas...cit., (apartado Iii).

durante la lactancia natural); pero otras, deberían ser compartidas o exclusivas de los varones.

No obstante, cuando las responsabilidades familiares se asumen por la mujer estarían *protegidos por la no discriminación por razón de género y sexo* (art. 14 CE); mientras que los derechos que ejercita el varón se unirían a la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)¹².

El ejercicio de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar por parte de las mujeres y el derecho fundamental deriva de la no discriminación por razón de sexo, porque este es *unilateral*¹³. El derecho a la “no discriminación” sólo puede ser alegado por las personas que pertenecen al colectivo peor tratado, que en este caso es la mujer, y se encuentra consolidado en nuestra jurisprudencia constitucional; mientras que los derechos laborales de conciliación ejercidos por el varón, derivarían de la protección del artículo 14 CE referida a “otras circunstancias personales y sociales”, pero no a la discriminación por razón de género y sexo, que tiene una forma de protección muy específica. En este sentido, la STC 26/2011, de 14 de marzo, examina si unas resoluciones que rechazan adaptar la jornada laboral de un trabajador al turno de noche para facilitar la atención a sus hijos menores de edad pueden, o no, constituir una vulneración de su derecho fundamental a la igualdad. En este asunto el Tribunal Constitucional evalúa si puede apreciarse la existencia de una discriminación por razón de sexo o si el rechazo a la adaptación de jornada en los términos solicitados podría incurrir en alguna otra causa de discriminación no admitida por el art. 14 CE. *Para el Tribunal Constitucional no existen motivos para fundamentar la vulneración del art. 14 en la discriminación por razón de sexo: “la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”*. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional este asunto sí puede *ser analizado desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las*

¹² AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007) “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Aguilera, nº extra 2 (p. 69 y ss.).

¹³ BARRERE UNZETA, M. (2001) “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 60 (p. 153).

circunstancias personales o sociales y, en particular, por razón de las circunstancias familiares: “en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral”. Las circunstancias personales y familiares del demandante (el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, la situación laboral de su cónyuge) o la evidente repercusión negativa en su disponibilidad para el cuidado de sus hijos influyen en el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. El Tribunal concluye que el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE), no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales¹⁴, pero evidentemente como no se puede derivar de la protección por discriminación por razón de género (reservada para la mujeres), no puede beneficiarse de todas las medidas previstas para ella¹⁵. Así, existe una discriminación, pero no por razón de sexo, que sólo puede alegar “la mujer” como colectivo discriminado por esa razón; pero sí que existe el derecho “a no ser discriminado por las circunstancias familiares como forma de hacer realidad la conciliación de la vida familiar y laboral, en el marco de la igualdad efectiva, y este es el que resulta vulnerado”¹⁶.

Por tanto, la conciliación, incluida su vertiente de corresponsabilidad, se vincula a la protección a la familia y el derecho fundamental a la igualdad, y que la LOI¹⁷, a diferencia de la Ley 39/1999¹⁸, contiene una declaración expresa del derecho subjetivo a la conciliación de la vida personal y familiar (artículo 44.1) referida a la “asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en

¹⁴ FERNANDEZ DIEZ, A. (2011). “Elección de turno de trabajo para conciliar la vida laboral y familiar (STC 26/2011, de 14 de marzo)”

<http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/59969/eleccion-de-turno-de-trabajo-para-conciliar-la-vida-laboral-y-familiar-stc-26-2011-de-14-de-marzo>

¹⁵ Véase NOGUEIRA GUSTAVINO, M. (2012) “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak*/25 (p. 19 y ss.).

¹⁶ STSJ de Madrid, de 11 de julio de 2014, Ar. 2056, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en el caso de un despido nulo.

¹⁷ Desde ahora LOI (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres).

¹⁸ La Ley 39/1999 facilitaba a las mujeres que asuman una doble responsabilidad en los ámbitos doméstico y de mercado de trabajo, reproductivo y productivo en terminología clásica. La conciliación entre trabajo y familia no implica y menos en un escenario como el actual la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres, y desde luego lo que no implica, muy claramente, es un planteamiento desde la igualdad. Se consideraba que era una norma que regulaba una conciliación que permitía las “ausencias” de la mujer en el puesto de trabajo: LOPEZ LOPEZ, J. (2002) “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas Laborales* nº 67 (P. 69).

su ejercicio”, que se acompaña a lo largo de los artículos *de la declaración del derecho individual y exclusivo del padre a un permiso y una prestación por paternidad (artículo 44.3 LOI)*, más propio, de la esfera de la “corresponsabilidad” que de la “conciliación”. Además, el fomento de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional y de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia, también se concibe en el art. 14.8 LOI como un criterio general de actuación de todos los poderes públicos.

Permisos como el de paternidad deben ofrecer la posibilidad de hacer efectiva la igualdad entre ambos sexos, y de poder cuidar y disfrutar de la familia de forma equitativa¹⁹. De ahí que se pueda afirmar que el establecimiento de la prestación de paternidad en 2007, aunque sea breve (13 días) parecía configurar un nuevo momento en la configuración de la corresponsabilidad.

Hay que recordar que la escasa duración inicial se preveía transitoria, siendo el objetivo final que la prestación llegara a durar cuatro semanas. Sin embargo, la progresiva suspensión del “alargamiento” previsto, pone de manifiesto que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) no son consideradas necesarias²⁰.

2.B) Consideraciones generales sobre la Ley Orgánica de Igualdad y el permiso de paternidad

El permiso de paternidad fue introducido mediante la Ley Orgánica de Igualdad, con el objetivo de incentivar la conciliación personal, familiar y laboral de los/las trabajadores/as, entre otros fines.

Este permiso supone un derecho a poder ejercer una suspensión contractual y obtener una prestación. La exposición de motivos de dicha ley, señala que es:

“La medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (...) de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento”.

¹⁹ PÉREZ GUARDO, R; SERRANO SERRANO, N. (2013) “¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?”, *Revista de Acciones e Investigaciones Sociales* n.º 33.

²⁰ BALLESTER PASTOR, M. A. (2012). “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan Harremanak*/25 (p. 77).

La regulación de esta medida estaba acompañada de otras muchas (ampliación de permiso de maternidad en casos de parto prematuro; la prestación cuando no hay cotización suficiente, etc.) pero, en lo que afecta al tema que se estudia, la prestación por paternidad supone una suspensión con derecho a una prestación de Seguridad Social, que se une a la suspensión contractual remunerada que ya existía en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (2 días y 4 en caso de ser necesario desplazamiento)²¹.

Como se verá más adelante, el cambio normativo sustancial se introduce en los artículos 133 octies y siguientes de la Ley General de Seguridad Social²², en la actualidad recogidos en los artículos 183, 184 y 185 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social²³.

En las previsiones de la LOI, el artículo 44 establecía:

- 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.*
- 2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.*
- 3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.*

Para ello, la D.A. 18 recogía la regulación del permiso de paternidad que, además, suponía un conjunto de reformas en la LGSS: en la definición de la acción protectora (artículo 38); en la obligación de cotizar (artículos 106 y 124), y en las situaciones asimiladas al alta (artículo 125).

Además, la D.T. 9ª establecía que:

²¹ Artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores (ET, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). En la actualidad artículo 45 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (desde ahora TRET) con las limitaciones de la entrada previstas en la Disposición Transitoria Séptima.

²² Desde ahora LGSS Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 02 de Enero de 2016).

²³ Desde ahora TRLGSS.

El Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en la disposición adicional décimo primera, apartado once, y en la disposición adicional decimonovena, apartado seis, de la presente Ley, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley.

Pero, a partir del 1 de enero de 2011 la D.T. 9ª quedó suprimida por el artículo 3 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de Ampliación de la duración del Permiso de Paternidad en los casos de Nacimiento, Adopción o Acogida.

En un principio, la ley 9/2009 adelantó la ampliación al 1 de enero de 2011. Pero, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y otras leyes económicas han ido aplazando esta ampliación. Así:

- La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2011 aplazó su entrada en vigor al 1 de enero de 2012. Después, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público dio una nueva redacción a la disposición final segunda de la Ley 9/2009: La ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2013.
- La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 volvió a retrasar su entrada en vigor al 1 de enero de 2014.
- La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 dio una nueva redacción a la D.F 2 de la Ley 9/2009: La presente ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2015.
- La Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 aplazó la entrada en vigor al 1 de enero de 2016.
- La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 ha vuelto a retrasar un año más este plazo: 1 de enero de 2017.

Desde que se aprobó la LOI el único plazo que se ha ampliado ha sido el regulado en el artículo 26 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las Prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el Embarazo y Riesgo durante la Lactancia Natural. En

resumen supone la ampliación a 20 días en casos determinados que luego se examinarán (familias numerosas y discapacidad).

De este modo, *no es posible defender que se cumplan en la actualidad los objetivos de la LOI respecto al permiso de paternidad*. Si entre los fines se pretendía “favorecer la conciliación por medio de un permiso de paternidad”, que se establecía de 13 días (ampliables en caso de parto múltiple), la misma LOI consideraba que era demasiado breve, por ello se contemplaba la ampliación para alcanzar los fines previstos, de forma que los sucesivos aplazamientos obstaculizan el cumplimiento de los fines de la LOI en la materia de la “corresponsabilidad”.

Pero, además, este retraso se ha justificado por la “urgencia de otras necesidades” y por causas económicas. De manera que se presentaban datos sobre lo que supondría de incremento de coste el ampliar el plazo del permiso por paternidad, rompiendo el carácter social de la prestación misma –que nunca se había unido a objetivos de carácter económico, sino a los de corresponsabilidad y conciliación–; y, olvidando los efectos que la crisis económica había tenido sobre la natalidad. Así, se hacía una valoración de un coste que no era real, puesto que la tasa de natalidad ya había descendido, y por tanto se daban unas cifras sobre el uso de este permiso que eran más altas que las reales, porque por efecto de la crisis la natalidad era más baja²⁴.

En todo caso, resulta evidente, que la razón de la no ampliación –prevista legalmente– es la incidencia del gasto que supondría para los presupuestos de la Seguridad Social²⁵, de forma que se puede concluir que, no se va a lograr el objetivo de la corresponsabilidad previsto en la LOI porque falta el respaldo económico.

2.C) Referencia al derecho fundamental, a la igualdad y no discriminación por razón de género y sexo y el permiso de paternidad

En el ordenamiento español la discriminación por razón de sexo y género es uno de los aspectos que más ha evolucionado, aunque como bien recoge la LOI en su exposición de motivos, el reconocimiento de la igualdad sigue siendo insuficiente. Esta igualdad insuficiente se refleja entre otros en la violencia de género, la discriminación salarial, el mayor desempleo femenino, y en los problemas en cuanto a la conciliación entre la vida laboral y personal.

²⁴ http://politica.elpais.com/politica/2014/11/26/actualidad/1417026910_752556.html

²⁵ <http://www.eleconomista.es/empleo/noticias/6256821/11/14/El-Gobierno-descarta-ampliar-a-un-mes-el-permiso-de-paternidad-dada-la-situacion-economica.html>

Por todo ello continúa siendo importante la acción normativa dirigida a disminuir esta discriminación entre sexos, y que fomente la igualdad real entre hombres y mujeres, dándole un giro a los estereotipos sociales y amparando el derecho de las mujeres como lo hace el ordenamiento constitucional.

El mayor avance en este ámbito tuvo lugar con la entrada en vigor de la LOI, por la que se transpone al ordenamiento Interno la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional²⁶.

En la mayoría de los casos, a los varones se les reconoce un derecho individual, como por ejemplo la reducción de jornada por cuidados de hijos/as (artículo 37.5 TRET). Sin embargo, en otros supuestos la titularidad del derecho no está asignada a ambos progenitores, como específicamente ocurre en relación al derecho a disfrutar de la suspensión del contrato por maternidad y por paternidad, existiendo abundantes disimilitudes. Estas diferencias se hacen constatables, por ejemplo, en el permiso de maternidad, ya que excluyendo las 6 semanas reservadas en exclusiva para la madre en el caso de que esta sea la “madre biológica”, el excedente lo puede disfrutar el padre, teniendo en cuenta ciertos condicionantes. Así, salvo excepciones –que se verán posteriormente, adopción, etc.-, *es la madre la que toma la decisión sobre el disfrute del derecho al que puede optar el padre sobre la suspensión del descanso por maternidad*²⁷. La madre (maternidad biológica) puede decidir que sea el padre quien disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de suspensión que excede de las seis semanas posteriores al parto y, si cumple los requisitos necesarios, acceda a la prestación por maternidad (artículo 178 TRLGSS). Sin embargo no adquiere la consideración de derecho del padre, ya que se trata de la madre la que decide que sea el padre el que haga uso de su derecho transfiriéndoselo, siendo este un derecho derivado (artículo 48 TRET).

²⁶ Ambas Directivas han sido derogadas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOL 204, de 26 de julio de 2007).

²⁷ Artículo 3.5 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En nuestra opinión, hay dos aspectos que se podrían relacionar con una posible vulneración del derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo y género (artículo 14 CE).

1.- *La titularidad exclusiva de la madre justificada por las seis semanas después del parto* supone un tratamiento distinto a la mujer, que puede plantear dos cuestiones importantes: el tratamiento desigual del padre; y la diferencia con la adopción.

En relación a las posibles reclamaciones en cuanto a la “titularidad exclusiva de la madre”, el TC defiende que “esto es debido a que con el reconocimiento de este derecho se tiene en consideración *tanto el cuidado del/a hijo/a, y la conciliación de la vida laboral y familiar, como la protección de la salud de la trabajadora, en particular*” (...) no se puede afirmar que el hecho de que la titularidad del derecho a la suspensión del contrato por maternidad se le conceda a la mujer en el caso de parto y no al hombre sea discriminatorio para este, ya que en este supuesto, se trata de proteger a la mujer trabajadora por razón del *hecho biológico* (parto y puerperio), de acuerdo con lo previsto en el art. 39.2 CE, ya que se encuentra en una situación más vulnerable (...). No puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y “al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar” (STC 109/1993, de 25 de marzo)²⁸. Por ello: “Se explica que, siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta pueda ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del período de descanso voluntario en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese período

²⁸ En este mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al reconocer (sentencia de 12 de julio de 1984, caso Hoffmann) que las medidas legales de los Estados miembros consistentes en la concesión de un período de descanso por maternidad, una vez expirado el plazo legal de protección posparto, reservando ese derecho a la madre trabajadora, con exclusión de cualquier otra persona, constituyen medidas conformes a la Directiva 76/207, a diferencia de lo que ocurre con el permiso de lactancia, véase TORRENTE GARI, S. (2013) “El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y de género” AA. VV. (coord.. VALLEJO DACOSTA) *Materiales para la elaboración de Planes de Igualdad en el contexto de la Responsabilidad Empresarial*, Zaragoza, Prensas Universidad (p. 26 y ss.).

de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene” (SSTC 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 324/2006, de 20 de noviembre). Si bien en la actualidad, en el art 48.4 TRET tras la LOI se recoge expresamente: “En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre,.

En opinión del TC, “el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda atribuir en este supuesto al padre trabajador, si lo estima oportuno una suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto (si es trabajador por cuenta ajena) y al correspondiente subsidio por maternidad y sin que ello signifique que la opción legislativa precedente (...), sea por ello inconstitucional” (SSTC 65/1987, de 21 de marzo y 184/1990, de 13 de abril).

Por lo que respecta a la segunda cuestión, *tampoco entiende el TC que la diferencia entre la maternidad biológica y la adoptiva no esté justificada* pues: “En la maternidad por naturaleza se atiende a garantizar que esa función biológica no acarree perjuicios a la mujer en su situación laboral, de suerte que la atribución del descanso por maternidad a la madre y no al padre aparece plenamente justificada desde el punto de vista de la salud de la madre, así como la *especial relación de afectividad que surge tras el parto entre la madre y su hijo recién nacido y el hecho natural de la lactancia*, circunstancias que no concurren en ese concreto período en el padre” (STC 25/2011, de 19 de mayo). Mientras que la suspensión del contrato de trabajo en la adopción responde a una *finalidad distinta, que es la de facilitar la integración del menor adoptado a su nuevo núcleo familiar*.

De manera que el TC, entiende que existen razones que justifican otorgar el descanso y la prestación a la madre con preferencia al padre en el caso de la maternidad biológica; mientras que en el caso de la adopción, encontrándose los padres adoptivos en idéntica situación reconoce indistintamente a ambos padres la titularidad del derecho cuando ambos trabajen, quedando a opción de éstos en tal caso la distribución del período de descanso. Si sólo uno de los padres adoptivos es trabajador incluido en algún régimen de la Seguridad Social, el descanso y la

prestación corresponderá entonces en su integridad a aquél si reúne el resto de requisitos exigidos por la normativa vigente, en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso²⁹ (en este sentido STC 14/2006, de 3 de julio).

Consideramos que si en el caso de la maternidad biológica, existe un periodo de recuperación de la salud de la madre, ese debería ser exclusivamente de titularidad femenina. Pero el TC, defiende que en ese caso las 16 semanas son un derecho de la madre, porque cree que la finalidad del permiso es diferente en caso de adopción y de maternidad biológica. En la última, se defiende que existe una *especial relación de afectividad que surge tras el parto entre la madre y su hijo recién nacido y el hecho natural de la lactancia*, circunstancias que no concurren en ese concreto período en el padre”. En la adopción, se *facilita la integración del menor adoptado a su nuevo núcleo familiar*.

A estas afirmaciones consideramos que se le pueden hacer dos objeciones que muestren nuestra disconformidad. Una, que defender que “la especial relación de afectividad tras el parto” es exclusiva de la madre, y que el padre no la tiene, continúa siendo un argumento que pasa a un primer plano las tareas de cuidados realizadas por mujeres, y “su especial dedicación” que en caso de maternidad biológica entendería el TC que es obligatorio, puesto que solo la madre tiene ese vínculo tan estrecho. Pero, en segundo lugar, entendemos que en la adopción no sólo se facilita “la integración del menor”, porque creemos que también habrá lazos afectivos propios de la maternidad y de la paternidad.

2.- *El segundo aspecto que podría vulnerar el artículo 14 de la Constitución sería la mención expresa “al padre” que se ha repetido en diversas normas*, pudiendo interpretarse una discriminación para las parejas del mismo sexo. El padre –hombre– aparece en la exposición de motivos de la LOI, en la Ley 9/2009, etc.

Sin embargo, en el desarrollo de la modificación de la LOI al ET (art. 48 bis) establece expresamente la mención del “otro progenitor” como titular del derecho, por tanto, no ha habido ocasión a que el TC se manifestase al respecto. La posibilidad de disfrute del permiso por paternidad atiende, con ello, a las nuevas

²⁹ Véase MORENO MARQUEZ, A “ Discriminación y paternidad”
<http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/ANA%20MARIA%20MORENO%20MARQUEZ%28mmarquez@derpr.uc3m.es%29/TCDISCRIMINACIONYPATERNIDAD.pdf>.

realidades familiares que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos³⁰.

La LOI, cuando insiste en la referencia al “padre”, no lo hace como reconocimiento exclusivamente masculino del derecho; en realidad está poniendo en relieve una titularidad “individual y exclusiva del derecho del permiso”, para diferenciarlo del permiso de maternidad y que no pueda entenderse como una derecho “derivado” de otros. De hecho, lo que no es posible, es el hecho biológico de la “maternidad” del hombre, de forma que al insistir en que es el “padre” el titular –aunque luego se mencione al otro progenitor- se intenta poner de relieve que es un derecho de “corresponsabilidad”. Por tanto, no han existido reclamaciones ante los tribunales en este sentido.

Este tema, como tiene diversas cuestiones jurídicas, se analizará expresamente en el ejercicio del derecho.

3. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

La aplicación a nuestro ordenamiento jurídico de los reglamentos y directivas así como la incorporación de disposiciones procedentes del ordenamiento comunitario, ha supuesto un cambio en las fuentes jurídicas de muchos Estados, dando lugar así a abundante legislación³¹.

Sin embargo en muchas ocasiones tales disposiciones pueden conllevar a la confusión normativa en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es debido a la indeterminación en muchos de sus preceptos, y a su en ocasiones limitada precisión, claridad y concisión.

En el caso del ordenamiento jurídico español podríamos decir que la LOI es la columna vertebral del sistema. Aunque en ella se contengan políticas propias de la Unión Europea, no se la considera una transposición automática de Directivas comunitarias al

³⁰ En el texto del proyecto de la LOI aprobado por el Congreso, y remitido al Senado el 29 de diciembre de 2006, aparece por primera vez la posibilidad de que el permiso por paternidad pueda disfrutarse no solamente por el padre sino, también, por “el otro progenitor”, al prosperar la enmienda nº 485 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. “Esta modificación supondría incluir como beneficiarias del permiso por paternidad a todas las personas, independientemente de su sexo, y que, por alguna razón, no pueden quedar subsumidas en el concepto legal “padre”–que, por ello, resultaría restrictivo- NUÑEZ-CORTES, P. Y GARRIGUES GIMENEZ, A. (2007) “La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de Igualdad”, AA. VV. (dir. GARCIA NINET). *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Ed. CISS-PRÁXIS, cit., Barcelona (p. 123).

³¹ GOMEZ ABELLEIRA, J. (2007) “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AA.VV. (coord. MERCADER UGUINA) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia (p. 31 y ss.).

ordenamiento jurídico español, ya que muchas materias de las Directivas aludidas ya formaban parte del ordenamiento jurídico español.

Podemos señalar algunas de estas normas como, por ejemplo, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE las cuales fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español por dos leyes:

- La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social).
- La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social mediante reformas del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley General de la Seguridad Social, de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y de la Ley de Procedimiento Laboral.

En esta última Ley, en su artículo 27 se encargó de establecer una serie de medidas encaminadas a la *“aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen, racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos que en cada una de sus secciones se establecen”*.

Además, reformas anteriores a estas leyes ya habían integrado la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea sobre tutela antidiscriminatoria, haciendo un reconocimiento pleno de las discriminaciones indirectas por razón de sexo³².

Sin embargo, todavía quedaban muchos contenidos por incorporar a nuestro ordenamiento. Por ello entre los objetivos de la LOI se prevé la trasposición de dos directivas comunitarias: la Directiva 2002/73/CE, modificativa de la 76/207/CEE, y la Directiva 2004/113/CE. En la D.F.4, se añade que se incorporan a los procesos civil y contencioso administrativo las previsiones de la Directiva 97/80³³.

³² SSTJCE de 27 de Junio de 1990, asunto Kowalsa; de 7 de Febrero de 1991, asunto Nimz; o de 4 de Junio de 1992, asunto BÖtel, citada por GOMEZ ABELLEIRA, J. (2007) “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” en AA.VV. (coord. MERCADER UGUINA) “Comentarios laborales...cit. (p. 33).

³³ LOUSADA AROCHENA, J. F. (2013) *El principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de la Coruña (p.117 y ss.).
http://ruc.udc.es/bitstream/2183/11720/2/LousadaArochena_JoseFernando_TD_2013.pdf.

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 se dirige a la aplicación del principio *de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, en la formación, en la promoción profesional y en las condiciones laborales y de Seguridad Social*. Esta transposición se ha visto traducida en un refuerzo de los principios de la igualdad como de la no discriminación, tanto en ámbitos laborales, como en otros ámbitos.

De otro lado, la Directiva 2004/113/CE cuenta con un ámbito y finalidad más extensa dirigida a *luchar contra la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y en su suministro*. El contenido es algo abstracto, ya que estos conceptos no son definidos en ningún momento por la directiva, pero concluye que la discriminación sexual así como el acoso también se produce en otros ámbitos, diferentes al del mercado de trabajo, enfocando así su regulación a la prohibición de la discriminación sexual tanto directa como indirecta.

La incorporación de estas normas por la LOI, se traduce en la definición de la discriminación directa e indirecta, acoso por razón de sexo, y otros conceptos de gran importancia en el Derecho comunitario (artículos 6 y ss. LOI).

Hay que señalar, que en la Unión Europea, la evolución de la política comunitaria respecto a la conciliación ha estado unida a la propia evolución del concepto de igualdad de género (desde la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades)³⁴. El artículo 119 TCE declaraba expresamente la “igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo” y constituía, la base la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos³⁵.

Más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, que sirve de base jurídica al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para declarar la prohibición del despido motivado por la maternidad que se considera como una discriminación directa. En su artículo 2.3 establece que las medidas legales de protección de la maternidad

³⁴ CUESTA LOPEZ, V. (2011) “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16 (p. 338).

³⁵ CUESTA LOPEZ, V. (2011) “Derechos...*cit* (p. 339).

(durante el embarazo y después del alumbramiento) en los Estados miembros son una *excepción justificada* a la igualdad de trato³⁶.

Posteriormente se incluyen referencias específicas sobre la conciliación familiar y profesional en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, de 19 de diciembre de 1989, cuyo artículo 16 propone medidas “que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Esta declaración de derechos sociales, sin efectos jurídicos vinculantes en los Estados miembros, se acompaña pocos años después de dos Directivas. En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. El ámbito subjetivo de la Directiva, mujer “trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia”, constituye una excepción al principio de igualdad formal o igualdad de que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes. Además establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada, en su artículo 8; regula la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuáles dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto. En su artículo 11.2.a), la Directiva 92/85/CEE garantiza que la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo mientras que, en su artículo 10, prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad³⁷.

Por su parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), CEEP (Centro Europeo

³⁶ Asunto Hoffmann ya citado: “más complicada resulta la postura del TJUE sobre la consideración de la familia como causa de discriminación autónoma”. En todo caso, la evolución de la cuestión está siendo compleja. En la Unión Europea hay que compatibilizar dos posturas diferenciadas; la doctrina sentada en el asunto *Hoffmann* (STJCE de 12 de julio de 1984, asunto 184/83); y la del asunto *Roca Álvarez* (STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09). Así, de un lado, se defiende la legitimidad de las medidas femeninas exclusivas para el cuidado de los hijos con fundamento en la especial relación entre madre e hijo, como hace la primera, mientras que en la segunda se establece el perjuicio contra el colectivo femenino que supone el establecimiento de beneficios de cuidado de titularidad exclusivamente femenina: TORRENTE GARI, S. (2013) “El derecho a la igualdad...*cit* (p. 30).

³⁷ TORRENTE GARI, S. (2003) “¿Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo?; La Directiva 2002/73”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47 (p. 197 y ss.).

de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos) manifiesta la primera integración de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares³⁸. Con ella se termina con el disfrute del permiso parental por parte de la madre en algunos Estados miembros *declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo*. Esta Directiva integra un acuerdo de principios mínimos que ha permitido un amplio marco de desarrollo³⁹. En España, la transposición se produce mediante la Ley 39/1999 que incorpora el permiso parental a nuestro ordenamiento mediante las figuras de la excedencia por cuidado de hijos y en la reducción de jornada por guarda legal.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Comunidad Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos para la promoción de la igualdad de género (artículos 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos preceptos consagran *el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Comunidad* y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral y “facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (artículo 141.3 TCE)⁴⁰.

El lanzamiento de la *Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo* en el año 2000 supone la inclusión de la política de conciliación de la vida familiar y laboral también en los objetivos de la política de empleo. El Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo, reconoce la importancia de las políticas de conciliación para facilitar una mayor incorporación de la mujer al mercado de trabajo. El Consejo Europeo de Barcelona, 15-16 de marzo de 2002, se refiere, dentro de la estrategia de empleo reforzada, a la necesidad de remover las dificultades para la contratación de la mano de obra femenina y de fomentar los servicios de cuidado de niños. En la nueva Estrategia Europa 2020 se insiste en estas necesidades⁴¹.

Finalmente, y como ya se ha dicho, habría que constatar que se ha producido una simplificación y reordenación de la normativa comunitaria sobre igualdad de género en

³⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007) “Los derechos... *cit* (p. 70).

³⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007) “Los derechos... *cit* (p. 71).

⁴⁰ TORRENTE GARI, S. (2003) “Hay un derecho... *cit* (p. 99). Los artículos sobre igualdad de género del TCE también sirven como evidente base jurídica para la Resolución del Consejo de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000 relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (2000/C 218/02).

⁴¹ CABEZA PEREIRO, J. (2010) “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, *Aranzadi Social*, núm. 6 (p. 4).

el ámbito laboral. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo u ocupación (refundición) reúne en un único texto las directivas. Además, y en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la Directiva propone a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y “reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes”⁴².

Posteriormente a estas medidas y a la aprobación de la LOI, la Unión Europea ha seguido insistiendo en el tema de la conciliación y de la corresponsabilidad. En el año 2008 la Comisión pretende dar un nuevo impulso a la política conciliatoria de la UE proponiendo en su Comunicación de 3 de octubre: “Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”, insistiendo en el derecho de los trabajadores al permiso por motivos familiares, la equiparación de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en el ejercicio del derecho a los permisos por motivos familiares y la actualización del compromiso de la propia Comisión respecto a los objetivos de atención a la infancia en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002⁴³.

Así, se revisa en el *Acuerdo marco sobre el permiso parental* celebrado el 14 de diciembre de 1995 y el 18 de junio de 2009, se firma el nuevo Acuerdo marco revisado que pasará a aplicarse mediante la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, y que deroga finalmente a la anterior Directiva 96/34/CE⁴⁴. Así, “a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres” el Acuerdo declara que el permiso parental debe concederse, en principio, íntegramente con *carácter individual e intransferible*. No obstante, a la hora de transponer la Directiva, los Estados miembros sólo estarán obligados a respetar obligatoriamente el carácter intransferible de, al menos, un mes del permiso.

⁴² LÓPEZ ESCUDERO, M. (2008) “Artículo 33. Vida familiar y vida profesional”, (dir. MANGAS MARTIN), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA Ed., Bilbao (p. 568).

⁴³ LOUSADA AROCHENA, F. J. (2013) “El principio de igualdad...cit (p. 320).

⁴⁴ CABEZA PEREIRO, J. (2010) “En qué debe cambiar...cit (p. 7).

La Directiva 2010/18/UE tiene como precedente la propuesta que la Comisión presenta en octubre de 2008, y que plantea la modificación del artículo 8 (permiso de maternidad), el artículo 10 (prohibición de despido) y el artículo 11 (derechos inherentes al contrato de trabajo) de la Directiva 92/85/CEE. Esta propuesta de reforma se vio precedida por una serie de consultas a los interlocutores sociales, los Estados miembros, las organizaciones no gubernamentales europeas, el Comité consultivo sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y el Comité consultivo sobre seguridad y salud en el trabajo. Finalmente se aprueba la Directiva 2010/18 del Consejo de 8 de marzo, que tiene por objeto conciliar la vida laboral y familiar y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral. En él se establecen disposiciones mínimas sobre el permiso parental a los trabajadores masculinos y femeninos, y la protección del empleo relacionado⁴⁵.

En concreto, y de forma resumida, la Directiva garantiza y regula aspectos fundamentales de la paternidad⁴⁶:

- Los trabajadores tienen derecho individual al permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un niño, lo que les permite cuidar de los niños durante al menos cuatro meses, por lo menos uno de los cuatro meses, no se puede transferir a la otra parte bajo ninguna circunstancia, es decir, que se reserva para cada padre.
- Los trabajadores están protegidos contra la discriminación por motivos de solicitar o utilizar el permiso parental.
- Al final del permiso parental, los trabajadores deben tener el derecho de regresar al mismo puesto de trabajo o a un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o relación de trabajo.

⁴⁵ La Directiva fue modificada por la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2010 que no sólo viene a enmendar cuestiones puntuales sobre el permiso de maternidad (entre las más llamativas, la ampliación de la duración mínima del permiso a 20 semanas) sino que defiende decididamente por ampliar el ámbito material de la conciliación.: PEREZ CAMPOS, A. (2014) “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (p.170). En el mismo sentido se ha aprobado la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

⁴⁶ RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S. (2011) “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, en *Anales de la facultad de Derecho*, 8 (p. 228).

- También tienen el derecho de solicitar cambios en su horario de trabajo durante un período limitado, en el examen de las solicitudes, los empleadores deben equilibrar las necesidades de los trabajadores y la empresa⁴⁷.

4. EL EJERCICIO DEL DERECHO AL DISFRUTE DEL PERMISO POR PATERNIDAD

4. A) Aproximación

Hasta la LOI, para “el otro progenitor” sólo existía un permiso, a cargo del empresario, de dos días naturales (artículo 37.3 b) ET), sin que tuviera reconocido un derecho propio para la atención de sus hijos/as tras su nacimiento, conservando la retribución. La única posibilidad que existía era la decisión de la madre de cederle parte de las semanas de suspensión del contrato por maternidad, a salvo del caso de la adopción. Como ya hemos dicho, esa situación impedía plantear la “corresponsabilidad” en el sentido de asunción compartida de las responsabilidades familiares derivadas de un nacimiento⁴⁸.

El regulado como “Descanso semanal, fiestas y permisos” (artículo 37 ET) resultaba insuficiente. Con este permiso, el trabajador, previo aviso y justificación, podría ausentarse del puesto de trabajo hasta 2 días en los casos de nacimiento de hijo/a, ampliables a 4 si necesita desplazarse (artículo 37.3.b) ET). Este permiso está remunerado en su totalidad.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre Maternidad e Igualdad de la Mujer Trabajadora que amplió a 16 semanas el descanso por maternidad, no introdujo novedades en la materia, ni tampoco la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras.

Sólo la suspensión remunerada regulada por la LOI deja de vincular la protección de la familia a la mujer. De hecho, durante mucho tiempo, a la mujer en su papel de madre, se le ha visto como una prolongación de la familia y los permisos/acciones que se regulaban provocaban un efecto negativo, pues reforzaban su rol como responsable del

⁴⁷ SERRANO GARCÍA, M. J. (2012) “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, nº 13 (p. 72 y ss.).

⁴⁸ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2005) “La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes”, *Temas Laborales*, nº 8 (p. 91).

cuidado de la familia⁴⁹. Sin embargo, el embarazo es el único hecho biológico exclusivo de las mujeres, y fuera de esta situación el ordenamiento no facilitaba el reparto de roles en la familia⁵⁰, de ahí que la introducción del permiso que analizamos, suponga un replanteamiento global de la atención a la familia y de los cuidados y responsabilidades de la misma, dirigida, aunque de momento sea de corta duración, a atender tanto los intereses del progenitor que quiere prestar esos cuidados, como al de las/os hijas/os.

En la actualidad, la existencia de la suspensión por paternidad ha supuesto, además, la modificación de diversos artículos del ordenamiento laboral y de la Seguridad Social aunque no siempre se deben a las previsiones de la LOI, como se verá en este apartado, pues otras normas han incidido en la regulación de la suspensión:

- Artículo 37 TRET “Descanso semanal, fiestas y permisos” apartado 3.b) modificado por la D.A 19 LOI para introducir el permiso en el caso de “hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario”, pero sin afectar a los días remunerados por nacimiento.
- Artículo 45.7 TRET que regula la suspensión contractual retribuida conforme a la redacción que estaba prevista del artículo 48 bis ET por la D.A 11 LOI:

“7. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los

⁴⁹ PEREZ GUARDO, R. (2012) “¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?”, *Revista de Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 33 (p. 42).

⁵⁰ Véase la idea de regular una paternidad menos sexista en ALBERDI, I. y ESCARIO, P. (2007) *Los hombres jóvenes y la paternidad*, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, Madrid.

progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos”

La vigencia de esta previsión está regulada en la *D.T. 7ª Duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre*:

“En tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, la duración del permiso de paternidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 48.7 será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

De conformidad con la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, dicho permiso *tendrá una duración de veinte días* cuando el nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el

nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento o cuando en la familia haya una persona con discapacidad. La duración indicada se ampliará en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo o menor a partir del segundo, o si uno de ellos es una persona con discapacidad”.

-Aspectos diversos que derivan de la protección del permiso de paternidad semejante al de maternidad, que en el TRET se encuentran en: artículo 11 Contratos formativos (la situación de paternidad interrumpe el cómputo de la duración del contrato); artículo 14 (interrumpe el cómputo del período de prueba siempre que se produzca acuerdo entre las partes); artículo 45 (es una causa de suspensión contractual); artículos 52 y 53 “Extinción del contrato por causas objetivas” (no computa como faltas de asistencia y establece la nulidad); artículo 55 (nulidad del despido disciplinario); artículo 38 “la no coincidencia con las vacaciones”.

-En el TRLGSS: Título II “Régimen General”, Capítulo VII “Paternidad”, artículos 183 (situación protegida); 184 (beneficiarios) y 185 (prestación económica). Pero además, en la definición de la acción protectora (artículo 42); en la duración de la obligación de cotizar (artículo 144), cómputo de cuotas a efectos de los períodos de cotización que dan acceso a las prestaciones (artículo 165); prestación de desempleo (artículo 284); cese de actividad de los trabajadores autónomos (artículo 343); sujetos causantes de las prestaciones de muerte y supervivencia (artículo 217); efectos de la excedencia (período de cotización efectiva para paternidad (artículo 237)); etc.

-La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, cuyas previsiones están paralizadas.

-El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

4. B) Titularidad del permiso

La LOI establece que tendrá la posibilidad de disfrutar este derecho tanto el padre biológico, adoptivo acogedor, como el otro progenitor⁵¹. Además también pueden disfrutarlo uniones de parejas del mismo sexo, reconociendo así sus derechos.

En el texto del PLOI (Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad) aprobado por el Congreso y remitido al Senado el 29 de diciembre de 2006, aparece por primera vez la opción de que el *permiso por paternidad sea disfrutado no sólo por el padre, sino también por el otro progenitor*, debido a la enmienda n. °485 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Esta enmienda modificó la redacción dada al artículo 48 bis del TRET, respecto a la versión del PLOI de junio de 2006. Dicha modificación consistía en el cambio del término “padre” por el de “otro progenitor”, refiriéndose a otras personas como posibles beneficiarias del permiso por paternidad y que por ciertos motivos no podían quedar subsumidas en el concepto legal padre, que resultaba muy restrictivo⁵².

Acorde a la justificación técnica proporcionada por el Grupo Socialista, a la enmienda n. °485 y a la n. °484 para el permiso por maternidad (mediante el mismo fundamento en ambas), la finalidad que se ambiciona es “*dar en la regulación del descanso a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos, entre los que se encuentra el de ser parte en el proceso de adopción*”.

Así, la expresión *progenitor*, utilizada por el proyecto normativo contiene el objetivo expansivo de comprender a todos los posibles sujetos. En el mismo sentido, por ejemplo, la Ley catalana 8/2006, de 5 de julio, aprobada simultáneamente a la tramitación del PLOI en junio en el Congreso, en su artículo 13 sobre el permiso por paternidad, utiliza también para nombrar a quienes pueden disfrutar del permiso, las expresiones *el progenitor o progenitora*, sin que se produzcan incompatibilidades al derecho del permiso por maternidad en el que tiene derecho a cuatro semanas consecutivas. El uso semejante este término recibió críticas por sectores de la doctrina civil, debido a que veían en dicha expresión un “*cultismo designado para posibilitar la adopción por personas del mismo sexo o por una persona del mismo sexo que el padre o la madre natural, y que se aparta de la veracidad biológica contradiciéndola*”.

⁵¹ Esta condición se otorgará mediante el certificado expedido por el Registro Civil o a través de resolución judicial o administrativa.

⁵² BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, (2008) “La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007”, *Relaciones Laborales*, n° 5 (p.307).

abiertamente, ya que la procreación únicamente puede surgir de la unión heterosexual”⁵³.

El uso de este término con la finalidad de abarcar tanto a personas heterosexuales como homosexuales, ha planteado interrogantes técnicos que se han ido resolviendo conforme se han ido estableciendo diversos modelos familiares⁵⁴.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil (R.D. de 24 de julio de 1889) en materia de derecho a contraer matrimonio, añadió un párrafo segundo al artículo 44 del Código Civil, estableciendo que: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*; Las parejas del mismo sexo, igualmente pueden constituir parejas de hecho conforme a la normativa de las Comunidades Autónomas.

Además, de acuerdo con el artículo 175.4 del Código Civil las parejas de hecho pueden proceder a una adopción, puesto que solo establece requisitos de edad y específicamente señala: *“Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión recogida en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado”* (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio). También las Comunidades Autónomas han regulado de diferente modo el proceso de adopción, pero siempre en la línea de admitir la adopción por parejas de hecho, aun siendo del mismo sexo.

En cuanto al acogimiento, se debe diferenciar entre el de urgencia, el temporal y el permanente que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen (artículo 173.2) bis del Código Civil).

⁵³ Cita extraída del autor RAMOS CHAPARRO, E (2006) “Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio “homosexual””, *Aranzadi Civil*, n.º 1 (p. 5).

⁵⁴ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P; GARRIGUES GIMENEZ, A, (2008) “El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad”, *Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos prácticos, recursos humanos*, nº300, Estudios Financieros (p. 80).

Teniendo en cuenta lo anteriormente comentado, surge una gran cantidad de posibilidades sobre los sujetos que pueden obtener el permiso de paternidad en los siguientes casos:

- a) **En el caso de nacimiento de un hijo por parto, le corresponde el derecho de la suspensión al otro progenitor.** El padre biológico pese a que haya compartido con la madre el permiso de maternidad, será el que disfrute del permiso. También podrá disfrutarlo el cónyuge de la madre biológica y cuando se trate de otra mujer, adquirirá la condición de “el otro progenitor”. El artículo 116 del Código Civil establece: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Pero, la D.A. 1ª de la Ley 13/2005, estableció que: *“Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”*, luego debería comprenderse que si hay matrimonio, la madre biológica es titular del permiso por maternidad y su mujer, del de paternidad.

De no ser así, nada impide que la madre tenga el permiso por parto y la otra mujer tenga permiso por adopción (STS de 15 de septiembre de 2010, Ar. 7428, STSJ País Vasco 27 de noviembre de 2007 Ar. 38781), porque no se establece como requisito *“que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad”*. El TS en STS 15 de septiembre 2010, Ar 7428, señala: *“Si la madre biológica de la adoptante ha disfrutado del permiso de maternidad se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la hoy recurrente- que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad- situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 ET porque aunque el precepto señala que “en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión” se refiere a permisos por acogimiento y luego por adopción”*.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo de las personas en el artículo 7.3 establece⁵⁵: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”. Este artículo se incorporó a la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida. La disposición final quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil introdujo una modificación en la redacción en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, cambiando "encargado del Registro Civil" por "conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil".

Luego es posible determinar la filiación no adoptiva, (STS de 5 de diciembre de 2013, Ar. 134, referida a un alumbramiento con técnicas de reproducción asistida); de forma que “otro progenitor” es la madre no biológica, y así se admite por la normativa de las Comunidades Autónomas.

- b) En el caso de la adopción de un/a menor, el derecho le corresponde a uno de los progenitores, a elección entre ellos.** El permiso lo podrá disfrutar de forma solitaria y entera el varón padre adoptivo o en su lugar la madre adoptiva ya sea en matrimonios heterosexuales como homosexuales pero limitado por la circunstancia de quien haya utilizado el permiso de adopción del artículo 48.5 del TRET y por lo tanto uno de ellos haya disfrutado en su totalidad de dicho permiso, no podrá utilizar el permiso de paternidad, para fomentar “*la asunción equilibrada de las responsabilidades*”⁵⁶. No obstante, si la pareja está formada por dos hombres y uno de ellos es el padre biológico, a este le corresponde el permiso, “porque madre no ha sido”; de modo que a su pareja le correspondería la adopción, insistimos, en el caso de que uno de ellos sea padre biológico, porque en otro caso existiría una adopción conjunta y serían las reglas de la adopción.

⁵⁵ BARBER CÁRCAMO R. (2010) “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, 8, (p. 25 y ss.).

⁵⁶ Como bien dice el Artículo 44 de la LOI. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; PÉREZ YÁÑEZ, R.M, (2009) “Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)”, *Relaciones Laborales*, nº 18, Sección Legislación, Editorial La Ley, Año XXV (p. 19).

Queremos destacar que en la adopción es más evidente la terminología incorrecta de “maternidad/paternidad”, ya que en la LOI actualmente el permiso “de maternidad” sigue manteniendo dicho nombre pese a que el padre biológico disfruta de dicho permiso y prestación. El término “maternidad” designa tanto los bienes jurídicos que se quieren proteger, como la magnitud mediante la cual pretenden protegerlos, pese a que el padre haga uso de dicho derecho. Con el permiso de paternidad se da un hecho semejante, ya que es disfrutado pero por la madre adoptiva mediante el término “otro progenitor”⁵⁷. El legislador otorga el término “paternidad” con el objetivo de fomentar el cuidado del hijo por parte del padre, si bien es cierto que, pese a las posibilidades anteriormente descritas, el permiso de paternidad es disfrutado en la mayoría de los casos por un varón que es el padre biológico del hijo recién nacido. Otro objetivo del legislador que se encuentra en el permiso de paternidad es el fomento de la corresponsabilidad y el reparto equitativo de las tareas familiares, sin tener en cuenta el tipo de relación familiar que se constituye y que se materializará mediante la adaptación a las características de cada una de las tareas⁵⁸.

En relación con los supuestos de adopción, se han planteado situaciones particulares. En especial cuando se solicita ante los tribunales la adopción del hijo/a del cónyuge. Es decir, personas que ya tienen hijos/as y se casan posteriormente con personas que no son las madres o los padres biológicos de los/as niños/as. La STS de 15 de septiembre de 2010, Ar. 7428, examina un supuesto de una pareja de hecho compuesta por dos mujeres; una de ellas con una hija de 6 años que su cónyuge quiere adoptar y pedir permiso por maternidad adoptiva que el TS le concede: “en la normativa reguladora de la prestación de maternidad no aparece como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad. (...) entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación (...) la

⁵⁷ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P; GARRIGUES GIMENEZ, A, (2008) “El permiso y la prestación por paternidad...cit (p.81).

⁵⁸ Volvemos a hacer referencia al Artículo 44 de la LOI que dice lo siguiente: “*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares...*”

finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado (...) No obstaculiza tal conclusión el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad, pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la hoy recurrente- que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad- situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 ET (...) sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. Aunque el sujeto causante sea el mismo, se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción” (también STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2013, Ar. 3138).

En la STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 2010, Ar. 875, se admite el disfrute del permiso de paternidad por la madre no biológica, del hijo de su pareja –con nacimiento previo a la constitución de la pareja-, por “adopción”. La denegación de este permiso por la Entidad Gestora se justificaba debido a que había sido pedido fuera de plazo, el TSJ defiende que “partiendo de que a la actora no se le ha denegado la prestación solicitada por razón de su sexo, y que ostenta la condición del "otro progenitor" con posibilidad de optar al disfrute de la prestación por paternidad (figura inscrita en el registro de parejas de hecho y es la pareja de hecho de una madre biológica que ha disfrutado del permiso de maternidad en su totalidad), vemos que el precepto diferencia entre los plazos de solicitud de la prestación según derive del nacimiento de un hijo biológico o de una adopción, de forma que, mientras que en el primer caso el plazo se computa desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo previsto legal o convencionalmente hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad, en el caso de la adopción se computa desde la resolución judicial que constituya la adopción hasta que finalice el permiso por adopción, pero sin que debamos olvidar que también se contempla como momento de finalización del plazo para solicitar la prestación el "inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión", en todo caso no hubo una adopción conjunta de un menor y la

madre disfrutó del permiso de maternidad en su totalidad, debemos considerar que la petición se formuló en plazo (...) pues cuando nació el niño y durante el período en que la trabajadora disfrutó de la prestación por maternidad, la actora no pudo formular la solicitud de la prestación de paternidad porque, lógicamente, no era el padre de la criatura ni en ese momento figuraba como progenitor/a del mismo. Adquirió tal condición a través de la única vía legalmente prevista, es decir, mediante la adopción del hijo de su pareja que se constituyó por Auto Judicial, y solo a partir de entonces pudo solicitar la prestación de paternidad”.

c) **El acogimiento de un menor.** Debemos distinguir tres tipos de acogimientos, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 173 bis del C.C. (Ley 26/2015):

- a) *“Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.*
- b) *Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.*
- c) *Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor”.*

Sólo señalar que la LOI reguló el disfrute de los permisos por maternidad y paternidad extendiéndolos al acogimiento *simple* (de acuerdo con la clasificación anterior a la ley 26/2015 del C.C) por tanto incluyendo los

acogimientos *temporales*. En caso de que quienes realizan el acogimiento trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos, con los límites temporales que existen y en tales casos, si se disfruta de la paternidad será de quien no haya disfrutado del descanso por maternidad⁵⁹.

4. C) Situaciones protegidas

La legislación interpreta por situación protegida, el período en el que se suspende el contrato de trabajo, procedente de las siguientes causas: nacimiento de hijo, adopción y acogimiento de urgencia, temporal y permanente⁶⁰:

- El nacimiento de hijo/a.
- La adopción y el acogimiento familiar, en los términos señalados, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CC.AA. que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, de (artículo 22 RD 295/2009):
 - Menores de 6 años.
 - Mayores de 6 años pero menores de 18 discapacitados o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. A estos efectos, se entiende que presentan alguna discapacidad, cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33%.

Se consideran jurídicamente equiparables aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a 1 año, cualquiera que sea su denominación. Sin

⁵⁹ NUÑEZ –CORTES, P; GARRIGUES GIMENEZ, A. (2008) “El permiso y la prestación por paternidad...cit (p. 81).

⁶⁰ FRANCIS LEFEBVRE (2007) “El permiso de paternidad”, (Coord LOUSADA AROCHENA), *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid (p. 116).

embargo, no se consideran equiparables otras modalidades de acogimiento familiar distintas⁶¹.

Además, se entenderá que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Como situaciones protegidas excepcionales hay que nombrar:

- Procesos de gestación que han llegado a término, tanto cuando el hijo nace vivo como en los casos de muerte del hijo, la cual se refiere a muerte intrauterina, ocurrida durante el parto y posnatal.
- Gestación interrumpida con una duración mínima de 180 días, dicha interrupción podrá ser espontánea, o natural (parto prematuro) o por inducción con finalidad terapéutica, ya que es la única permitida pasados los 180 días de gestación, sin tener en cuenta si la criatura resulte viva y viable o no.

El artículo 8.4 del R.D. 295/2009, prevé estas circunstancias para la prestación por maternidad: “En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. En este último caso, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días.

En el caso de fallecimiento de hijos adoptados o de menores acogidos tampoco se verá reducida la duración de la prestación económica, salvo que los adoptantes o acogedores soliciten reincorporarse a su puesto de trabajo. En este caso, si el periodo de descanso estaba distribuido entre ambos adoptantes o acogedores, la parte no consumida por uno de ellos no se acumulará al periodo disfrutado por el otro”.

⁶¹ SANZ MERINO, A. (2010) “La protección social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, esta doctrina forma parte del libro *"Manual básico del sistema de la Seguridad Social"* edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid (p. 54).

*Sin embargo, los tribunales tienden a extender a la paternidad las previsiones de la maternidad, como sucede en la STSJ del País Vasco, de 9 de diciembre de 2010, Ar. 917, en la cual se produjo el nacimiento de una bebé a las 38 semanas y cinco días de gestación, esto es, en el término de un embarazo de duración completa, si bien la niña no sobrevivió veinticuatro horas separada del seno de su madre, y ésta ha recibido las prestaciones por maternidad: “La L.O. 3/2007, recoge el espíritu y finalidad expresados en su Exposición de Motivos de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Vulneración que se produce en cuanto a la restrictiva interpretación que ha hecho de la expresión "nacimiento de hijo" a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad, ya que se ha producido una *situación paralela de maternidad* (reconocida), que ha habido un parto a 38 semanas y media de embarazo, *que hay un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre de la criatura que no sobrevivió y que, en tales circunstancias, la necesidad del permiso por paternidad es evidente. Y ello porque, como también hemos dicho más arriba, no tiene este permiso como finalidad exclusiva el cuidado del ser nacido, sino también la nueva situación familiar, dado que el permiso no se reduce en caso de fallecimiento del bebé una vez transcurridas las 24 primeras horas, lo que evidencia que su finalidad es más amplia (acompañamiento a la madre, incluso si el bebé ha fallecido). De ahí que, en el caso presente, debemos entender que procede reconocer la prestación en que consiste el subsidio por permiso de paternidad (...)* hemos de partir de no considerar aplicable al caso la previsión del artículo 30 del Código Civil. En efecto, el llamado que el artículo 133 octies LGSS y el artículo 22 RD 295/09 hacen al Código Civil y a las leyes civiles de las Comunidades Autónomas lo interpretamos *realizado exclusivamente a los efectos del acogimiento*, puesto que se refiere al Código Civil o las leyes de las Comunidades Autónomas que "lo" regulen, siendo así que el objeto de la regulación es singular (de ahí que interpretemos que se trata del acogimiento) y no plural (por lo que no abarca al nacimiento y a la adopción)”.*

Nos gustaría destacar que el argumento referido a que la *finalidad es más amplia (acompañamiento a la madre)*, parece que haga prioritaria la visión de que es la madre la que más sufre y el permiso deja de ser para “el otro progenitor” y sus intereses y se vuelve instrumental: “para acompañar”, consideramos que esta justificación puede perjudicar al trato no discriminatorio de la mujer, reforzando los estereotipos y la concepción del género femenino (mujer/madre) de forma prioritaria frente al masculino.

4. D) Duración del permiso y modalidades de disfrute

En cuanto a la duración del permiso podemos decir que la suspensión del contrato de trabajo es de 13 días ininterrumpidos, se trata de un derecho mínimo necesario ampliable por negociación colectiva, siendo esta duración totalmente independiente del permiso por nacimiento de hijo recogido en el artículo 37.3 del TRET⁶². Este artículo regula la ausencia de 2 o 4 días a cargo del empresario⁶³.

El artículo 26 del RD 295/2009 señala: *“La duración del subsidio por paternidad será equivalente a la del periodo de descanso que se disfrute, en los siguientes términos:*

a) Trece días naturales ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo, para los trabajadores a quienes es de aplicación lo previsto en el artículo 48.bis del Estatuto de los Trabajadores.

b) Quince días naturales ininterrumpidos, durante el permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de uno o más hijos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social a quienes sea de aplicación dicho Estatuto.

c) Veinte días naturales ininterrumpidos, cualquiera que sea la legislación aplicable, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con

⁶² STSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2008, Ar. 2748: Esta prestación, no compensa y no absorbe la regulación contenida en el artículo 82 del convenio de empresa (...) se mantiene los dos días de licencia retribuida por nacimiento de hijo (ampliable a cuatro cuando el trabajador necesite desplazamiento), que regían con anterioridad a esta Ley. La novedad de ésta, en lo que aquí interesa, radica en el reconocimiento de un nuevo derecho al trabajador varón por nacimiento de un hijo suyo, que es a suspender el contrato de trabajo durante trece días ininterrumpidos, a disfrutar a partir del momento en que finalice el permiso por nacimiento de hijo "previsto legal o convencionalmente (...) son derechos de distinta naturaleza, ya que uno es a disfrutar de un permiso retribuido a cargo del empresario y otro, bien distinto, el de nuevo cuño, que es a una mera suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario y, en cambio, con cobertura prestacional por el sistema público de Seguridad Social (que no actúa en los permisos retribuido)".

⁶³ El artículo 26.3 RD 295/2009 establece: Los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, podrán percibir el subsidio por paternidad durante el periodo comprendido desde la *finalización del permiso* por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, y siempre que, en todos los casos, se produzca el disfrute efectivo del periodo de descanso correspondiente.

discapacidad, en un grado igual o superior al 33 por ciento, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Esta duración se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurran dos o más de las circunstancias señaladas.

A efectos de la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

Se consideran miembros de la familia a los dos progenitores y a los hijos de ambos, comunes y no comunes, que convivan con aquéllos”.

También hay que destacar que es totalmente independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad (artículo 48.7 TRET)⁶⁴.

En cuanto al disfrute del permiso existen diversas situaciones y modalidades en las que puede darse, por un lado en caso de nacimiento de hijo/a y por otro lado en caso de adopción o acogimiento⁶⁵:

- En caso de nacimiento de hijo/a (biológico) el disfrute del permiso de paternidad podrá llevarse a cabo desde que finaliza el permiso por nacimiento (duración de 2 días, pudiendo ampliarse hasta 4 días por motivos de desplazamiento del trabajador o por acuerdo individual o colectivo⁶⁶). Una vez encontrados en esta situación, el permiso de paternidad podrá llevarse a cabo de dos maneras: Justo después del uso del permiso por nacimiento o, al finalizar este, siempre y cuando no haya terminado el permiso por maternidad. Otra posibilidad es hacer uso de él cuando se haya acabado el permiso por maternidad. Pero en tales casos, la petición ha de formularse cuando vaya a terminar el plazo de las 16 semanas previsto estatutariamente, sin que se pueda reconocer el permiso si se solicita tras las 16 semanas y las que correspondan por acumulación del período de lactancia (STSJ de Andalucía, de 9 de mayo de 2013, Ar. 234530); formalmente

⁶⁴ STSJ de Andalucía de 14 de julio de 2011, Ar. 2056: “al no tener la otra progenitora derecho a suspender sus actividades profesionales con derecho a prestaciones de acuerdo con la normativa de la Mutuality de la Abogacía resulta un permiso por paternidad (de 13 días) y uno de descanso por maternidad, cuando es disfrutado por el otro progenitor por no poder hacerlo la madre (de 16 semanas) diferentes pero compatibles entre sí”.

⁶⁵ GARCIA VIÑA, J (Quincena del 16 al 30 Sep. 2009) “El permiso de paternidad: Cuestiones laborales y de Seguridad Social”, Editorial La Ley, Actualidad Laboral, nº 16, Sección Estudios, tomo 2 (p. 2 y ss.).

⁶⁶ Artículo 37.3.b) del TRET.

la solicitud ha de ser anterior a finalizar el permiso de maternidad (STSJ de Asturias, de 12 de marzo de 2010, Ar. 153808).

- En caso de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, podrá hacerse uso del permiso de paternidad de acuerdo con el artículo 45.1 del TRET *“desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.”*⁶⁷. Así pues deducimos que se puede hacer un uso simultáneo o sucesivo del permiso de paternidad con el permiso de maternidad.

Un supuesto especial deriva de la *coincidencia del permiso de paternidad con las vacaciones*. Fue el apartado 4º de la Disposición final 1º de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, la que modificó el artículo 38.3 ET regulando el derecho a disfrutar de las vacaciones en período distinto al de la suspensión por paternidad, aunque haya terminado el año natural a que correspondan⁶⁸. La STSJ de Andalucía de 5 de octubre de 2010, Ar. 1171 justificaba esta ausencia en la LOI como una “diferencia”: “Esta diferencia –respecto a la maternidad–, además de tener en cuenta que su escasa duración supone que la coincidencia entre ambas situaciones sea más difícil, se fundamenta en que la suspensión por paternidad no concurre la necesidad de reposo y recuperación que existe en la maternidad (distinción que realiza la propia Ley Orgánica 3/2007), dado que el objetivo fundamental de la suspensión por maternidad es la recuperación tras el parto. Ha existido una sustancial variación biológica en la mujer que necesita de un periodo de tiempo para restablecerse (...) Es decir, respecto al mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones, cuando las mismas coinciden con el permiso por paternidad, la LOI ha omitido cualquier previsión sobre compatibilidad de ambos derechos para los trabajadores por cuenta ajena”⁶⁹.

⁶⁷ Artículo 48.7 TRET.

⁶⁸ CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2012) “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, nº 15, Sección Editorial, Año 28, tomo II (p.1).

⁶⁹ “La LOI vino a recoger, ampliándolo, el criterio sentado por la STJCE de 18-3-2004 (Merino Gómez) que reconoció expresamente que el ejercicio de los derechos reconocidos con ocasión del embarazo y la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo, por lo que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones en un periodo distinto al de su permiso de maternidad ya que lo contrario supone una vulneración del principio de igualdad de trato por el hecho de que las mujeres trabajadoras tienen más probabilidad de encontrarse en dicha situación que los hombres

Nuevamente se utilizan las razones “biológicas” para eliminar o reducir la protección del permiso de paternidad, cuando realmente, “el reposo” y “la recuperación” corresponde a un período muy corto en caso de la maternidad biológica, y no aparece en la adoptiva. La reforma señalada cambia esta situación y ahora está expresamente prevista la “no coincidencia”.

Otra cuestión a tener en cuenta es que este artículo 48.7 TRET también contempla que la suspensión del contrato de trabajo se podrá realizar tanto en régimen de jornada completa como en régimen de *jornada a tiempo parcial*. Si el contrato se suspende en supuestos de jornada a tiempo parcial, la reducción será como mínimo del 50%, siendo necesario el acuerdo entre empresario y trabajador; límite que no existe para el descanso por maternidad⁷⁰.

Si existiese conflicto entre empresario y trabajador/a por el disfrute a tiempo parcial, primero se debería atender a la negociación colectiva, pero de no existir previsión convencional para ello, el caso resultaría más complejo⁷¹. La D.A 1º del RD 295/2009, regula las reglas de la suspensión en este supuesto: ha de ser proporcional a la jornada, ininterrumpido, se puede realizar un nuevo pacto para regular la jornada pactada, no se puede realizar horas extraordinarias y es incompatible con otras reducciones, excedencias etc⁷².

(...) “según la STC 324/2006 la trabajadora puede disfrutar de sus vacaciones en un periodo distinto del de su permiso de maternidad (...): incluso en el supuesto de que al servirse de tal permiso hubiese superado la fecha límite para su goce. Además, de no ser posible por haber concluido el año natural en que las vacaciones hubiesen podido disfrutarse, tiene derecho a que se le compense con una indemnización (STS de 10 de noviembre 2005 Ar. 10084) (...) La exigencias de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares ampliamente reconocidas en el derecho comunitario y plasmadas en la doctrina del TJCE en relación con el permiso por maternidad resultan, en gran parte, extensibles al nuevo permiso por paternidad (...) la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo señala en su artículo 2.7 que los Estados miembros que reconozcan el derecho al permiso por paternidad garantizarán que al término de dicho permiso los trabajadores tengan derecho a beneficiarse de cualquier mejora que hubiera podido corresponderles (...) durante su ausencia, otorgando así a quienes disfrutan de *un permiso por paternidad una protección similar a la prevista para las trabajadoras para el permiso por maternidad* (...).

⁷⁰ Disposición adicional undécima bis de la LOI.

⁷¹ ALVAREZ CORTÉS, J.A, (Quincena del 8 al 23 Oct. 2007) “Las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad en el campo de la Seguridad Social” *Relaciones Laborales*, nº 19, Sección Legislación, Editorial LA LEY, Año XXIII, tomo 2 (p.12).

⁷² Un supuesto especial sería el caso de los *trabajadores fijos discontinuos*. La expresión del ET que establece que el periodo en el que ha de disfrutarse la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, concretándolo en “el comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente... hasta que finalice la suspensión del contrato o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión”. En tal caso, un trabajador fijo discontinuo que se incorpora transcurridas las 16 semanas a su trabajo, por causa estacional, se le deniega el permiso por paternidad. La STSJ de Islas Canarias Santa, de 26 de junio de 2012, Ar. 367294, rechaza que se le reconozca tras el llamamiento para trabajar, señala: “la solución del conflicto ha de hallarse en la búsqueda de cuál fue la

Por último, señalar que igualmente afecta a la duración la *incompatibilidad* entre los descansos por paternidad y maternidad, de allí la permanente referencia al “otro progenitor”; No obstante, la STSJ de Madrid, de 23 de diciembre de 2014, Ar. 406, examina uno de estos supuestos y conforme al artículo 23 RD 295/2009 señala:

“1.- La paternidad es compatible con la maternidad en los siguientes supuestos:

- a) Con el periodo al que hubiese tenido derecho el otro progenitor por haberse reconocido a la madre biológica el subsidio no contributivo por maternidad.
- b) Cuando haya disfrute compartido de la maternidad.
- c) Con el subsidio por maternidad íntegro del otro progenitor, en el supuesto en el que la madre realice una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, ni en una mutualidad de previsión social alternativa.
- d) Con el subsidio por maternidad íntegro del otro progenitor en el supuesto de fallecimiento de la madre.

2.- La paternidad es incompatible con la maternidad, "en los casos en que solamente exista una persona progenitora, adoptante o acogedora, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad" (artículo 23.3 del RD 295/2009).

Son dos, por tanto, las circunstancias para la incompatibilidad: 1) un solo progenitor, adoptante o acogedor y 2) que haya disfrutado en su totalidad del descanso maternal”.

verdadera voluntad del legislador, (...) Sólo para el supuesto de que pueda hallarse indicio de que fue simple omisión del legislador la no previsión expresa de supuesto especial como el que nos ocupa podría llegarse a conclusión diversa, encajando, así, el derecho reconocido con el mandato constitucional del artículo 39 CE (...) solución diversa permitiría la libre elección futura sin límite de tiempo y a simple criterio de oportunidad del titular del derecho y compaginaría mal con la finalidad de la norma que es la de posibilitar la conciliación de la vida familiar en el inicio del nacimiento (...) Por último, tampoco encontraría explicación colocar en mejor condición al trabajador fijo discontinuo, que no deja de ser trabajador a tiempo parcial, para permitirle el disfrute íntegro de la licencia de forma continuada durante los 13 días naturales, que a otros trabajadores a tiempo parcial, durante un número de horas al día o días a la semana o al mes, que sólo disfrutarían de la prestación en la parte proporcional a aquella en que se prestan los servicios respecto a la jornada completa. Cuestión distinta es que tras la reincorporación aún estuviese vigente periodo hábil para postular la suspensión por paternidad, porque, en este caso, podría haberla disfrutado de forma total o por el periodo que restase para completarla en la máxima dimensión legal, pero como este no es el caso la sentencia reconoció indebidamente el derecho y, estimando el recurso, debe esta revocarse”.

4. E) Referencia a la extinción por despido

La ley 39/1999 fue una ley establecida por nuestro legislador, con el objetivo de reforzar la protección existente en cuanto a la presunción de nulidad del despido, ocasionado en situaciones relacionadas con la maternidad y el ejercicio de obligaciones y responsabilidades familiares, ya que hasta el año 1999 nuestro ordenamiento se limitaba a calificarlos como discriminatorios y la protección de los trabajadores/as era muy escasa y limitada con respecto a las normas internacionales⁷³.

En la actualidad tanto el artículo 53.4 (extinción por causas objetivas) como el artículo 55.5 (despido disciplinario) de TRET establecen la nulidad del despido en los siguientes casos:

- “a) La de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, (...) o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.
- b) (...) la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos.
- c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por (...) paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o del menor.

La excepción sería que el despido se declarase *procedente* por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”⁷⁴.

La STS de 6 de mayo de 2009, Ar. 2639, resume la doctrina TS y del TC (recogida igualmente en la STC 92/2008, de 21 de julio), aunque en el caso del despido por paternidad sería una discriminación por las circunstancias familiares como forma de

⁷³ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P; GARRIGUES GIMENEZ, A, (2008) “El permiso y la prestación por paternidad...cit (p. 92).

⁷⁴ El despido “no puede ser declarado improcedente”, ya que dicho precepto conlleva automáticamente la nulidad de la extinción del contrato, en cuanto el despido de quienes se encuentran en cualesquiera de las señaladas situaciones *sólo puede ser nulo o procedente*, en consonancia con la doctrina constitucional para el caso de la trabajadora embarazada en la sentencia 92/2008, de 21 de julio, el artículo 55.5.c) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del disfrute del permiso de paternidad y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo” (STS de 18 de abril de 2011, Ar. 5814).

hacer realidad la conciliación, no por razón de sexo o género como ya se ha dicho (STSJ de Madrid de 11 de julio de 2014, Ar. 2056)⁷⁵. Lo importante es que el TS manifiesta que se aparta de *la doctrina anterior, en la que en el caso de despido de una mujer embarazada “era preciso que el empresario conociera el embarazo”* y el cambio -dice la STS de 18 de abril de 2011, Ar. 5814- se debe al criterio de la STC 92/2008, de 21 de julio, en la que para “valorar el alcance del artículo 55.5 ET (...) el legislador optó por un desarrollo del artículo 14 CE incrementando las garantías *al no exigir el requisito de la previa notificación del embarazo* al empresario por parte de la trabajadora. Concluía así el TC que el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa”. *Pues bien, la STSJ de Madrid de 11 de julio de 2014, Ar. 2056 aplica este mismo criterio respecto a que no es necesario que el empresario supiese que el trabajador había tenido un hijo estando en incapacidad temporal, para que el despido tras el alta médica, fuese nulo* (en el mismo sentido STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 de julio de 2010, Ar.4314). De manera que se extiende al permiso por paternidad la protección de la maternidad.

Además, en atención de los artículos señalados, se declaran nulos los despidos porque se producen “después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar el período de suspensión del contrato por paternidad, sin que hubiera transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento (...) pues sólo ha transcurrido un mes y un día” (STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de septiembre de 2010, Ar. 110076) “causa de nulidad que actúa objetivamente nada más comprobarse la concurrencia de los presupuestos determinantes exigidos, así como el carácter improcedente del despido de que se trate (...) en modo alguno exige que rijan temporalmente el permiso de paternidad cuando se produzca el despido en cuestión para que éste, de no ser procedente, haya de reputarse necesariamente como nulo” (STSJ de Madrid, de 16 de abril de 2010, Ar. 233499); si bien es más difícil encontrar pronunciamientos en los que la decisión extintiva se produzca durante la duración del permiso por ser demasiado breve.

⁷⁵ Un trabajador de baja por incapacidad temporal tiene un hijo, recibe el alta por mejoría y vuelve a trabajar, y ese mismo día la empresa le entrega la comunicación escrita de despido disciplinario a consecuencia del bajo rendimiento: “a fecha de reincorporarse el trabajador tras el alta médica, concurría el presupuesto para disfrutar del permiso de paternidad, el cual fue reconocido con efectos del día siguiente al del despido. De esta forma, de no haber sido despedido el actor, habría pasado a disfrutar de ese permiso en ese momento pero no fue posible por efecto del despido, teniendo así que retrasar los efectos del permiso al día siguiente del despido. (...) la empresa reconoce en juicio como improcedente, el trabajador estaba bajo el ámbito de protección del artículo 55.5 del ET (...) por consiguiente, no pudo ejercer su eventual deseo de acogerse al permiso por paternidad”.

Por ello, incorporar la garantía de nulidad para el permiso de paternidad supone una importante protección, reconocida en nuestro ordenamiento sólo desde que se regula el permiso de paternidad. Además la LOI para proporcionar más protección ha incluido el periodo posterior al disfrute del permiso por paternidad, sin embargo resulta especialmente importante desde nuestro punto de vista, que se acuda a la causa de discriminación “por circunstancias familiares” ya que siendo un varón no puede acudir al derecho a la no discriminación por razón de sexo y género, como ya se ha dicho; y, además, que se haya extendido la doctrina de que no sea precisa la comunicación, como sucede con el embarazo, puesto que de aquí puede incluso derivar una mayor protección, ya que la “paternidad” no es visible, y el embarazo sí.

Todo ello, creemos que favorece que el ordenamiento tenga respuestas cuando se alargue el permiso, porque, evidentemente, algunas de las cuestiones resultan extrañas para un permiso tan breve.

4. F) Requisitos formales

De acuerdo con los artículos 48 TRET y 29 y 30 del RD 295/2009:

- El/La trabajador/a tiene la obligación de comunicar al empresario con la antelación suficiente, que va a hacer uso de este derecho mediante los términos establecidos, en su caso en los convenios colectivos.
- El permiso de paternidad se trata de un derecho mínimo necesario sujeto tan solo al requisito formal de su comunicación al empresario con la debida antelación establecida en el artículo 37.7 TRET, por lo tanto se trata de un derecho de ineludible concesión por parte del empresario.
- Entre los trámites que se debe realizar se encuentra toda la documentación que recoge el art. 30 RD 295/2009 (libro de familia, certificado de empresa, Documento que acredite el previo acuerdo con el empresario, cuando el periodo de descanso se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial, etc.).

Las formalidades de la *adopción* recogidas por el artículo 175 del C.C. son⁷⁶:

- La necesidad de que el adoptante tenga 25 años, y en el caso de que fuesen dos los adoptantes, sería suficiente con que uno de ellos hubiese alcanzado esta edad. La diferencia de edad entre adoptante y adoptado tiene que ser al menos de

⁷⁶ Véase PEREZ CASTILLO, A. M. (2007) “La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº extra 3 (p. 32).

16 años y no superior a 45 años (salvo excepciones del artículo 176.2). Si los adoptantes fueran dos, sería suficiente con que uno de ellos cumpliera con esos rangos de edad. Sin embargo si los adoptantes llevara a cabo una adopción de grupos de hermanos o de situaciones especiales, esta diferencia máxima de edad podría ser superior.

- No podrán ser adoptantes los que de acuerdo con el Código Civil no reúnan los requisitos para ser tutor.
- Nadie podrá ser adoptado por más de una persona salvo que la adopción se lleve a cabo de forma conjunta o sucesiva por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Si el matrimonio o la unión de la pareja se producen después de la adopción, el cónyuge o pareja de este podrá adoptar al hijo de su consorte/pareja.
- En el caso en que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, y estos se separasen o divorciasen de forma legal y constase de forma fehaciente que este hecho fue anterior a la propuesta de adopción, esto no será impedimento para que se continúe con el proceso de adopción conjunta, siempre y cuando se cumpla y se acredite la condición de que el adoptado haya convivido con ambos adoptantes dos años antes de la propuesta de adopción.
- Solo podrá adoptarse a menores emancipados (con excepción de los emancipados que justo antes de la emancipación hubiesen convivido con sus adoptantes al menos 1 año) y los adoptantes no podrán adoptar a un descendiente, a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, o a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

La adopción se constituirá mediante resolución judicial, teniendo siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad (refiriéndose a la capacidad, aptitud y motivación adecuadas que debe poseer el adoptante para ejercer la responsabilidad parental que supone la adopción) del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Para iniciar el expediente de adopción el artículo 176.2 del Código Civil nos relata lo que será necesario llevar a cabo *“será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado*

idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1. “Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.*
- 2. Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.*
- 3. Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.*
- 4. Ser mayor de edad o menor emancipado”.*

Si concurre alguna de las circunstancias señaladas anteriormente en los apartados 1º, 2º o 3º y el adoptante muere habiendo prestado ante el juez su consentimiento de adopción, o dejando este consentimiento testado en documento público o testamento, la adopción podrá constituirse.

Para que la adopción se haga efectiva, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años deberán consentir la adopción ante el juez. Para ello deberán asentir la adopción el cónyuge o pareja del adoptante (salvo que se acredite separación o divorcio) aunque también la otra parte deberá asentir cuando medie separación o divorcio si se trata de una adopción conjunta. También deberán asentir los progenitores del adoptando, salvo que estuviesen privados de su patria potestad o imposibilitados para ello mediante resolución judicial. Por ello tanto los progenitores que no se encuentren privados de la patria potestad, como los futuros adoptantes y el menor de 12 años deberán ser oídos por el juez en la forma legal requerida y por escrito⁷⁷.

En cuanto a la denominación de situación protegida en relación a la adopción nos vamos a basar en el artículo 22 del Real Decreto 295/2009 para dar las definiciones de estas situaciones protegidas por la prestación por paternidad. Por lo tanto podemos afirmar que la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, se consideran situación protegida. En caso de simple será situación protegida siempre y cuando su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se

⁷⁷ Artículo 177 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017).

disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.bis del Estatuto de los Trabajadores y durante el permiso por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refiere el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre. Todo ello queda afirmado en el Código Civil y en las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulan. También recibirán la consideración de situación protegida los acogimientos provisionales realizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, así como “en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor”.

El artículo 30 del RD 295/2009 en su punto 2º apartados 3.4 señala lo que se debe acreditar para que se reconozca el derecho a la prestación por paternidad en los supuestos de adopción o acogimiento:

3. ° *“En los supuestos de adopción o acogimiento de uno o más menores, deberá aportarse la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar, ya sea permanente, preadoptivo o simple, y aunque dichos acogimientos sean provisionales.*

Si se trata de acogimiento simple, deberá constar que su duración es, al menos, de un año.

4. ° *Documento que acredite el previo acuerdo con el empresario, cuando el periodo de descanso se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial. Cuando sea un trabajador por cuenta propia quien pretende disfrutar el período de descanso en régimen de actividad a tiempo parcial, compatibilizándolo con el subsidio, documento acreditativo del interesado en la que se recojan los términos precisos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio. Si, conforme a lo establecido en la disposición adicional primera de este real decreto, la distribución inicialmente acordada o declarada del disfrute del periodo de descanso se modifica, dicha circunstancia deberá ponerse en conocimiento de la entidad gestora con carácter inmediato”.*

El percibo de la prestación puede iniciarse a elección del interesado a partir del día siguiente al de la recepción por el interesado de la resolución judicial que constituye la adopción, o bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, y estará condicionado al disfrute efectivo del permiso.

Respecto a la adopción o acogimiento internacional⁷⁸, cuando los adoptantes tengan que desplazarse previamente al país de origen del adoptado haciendo uso del período de suspensión establecido en el artículo 48.5 del TRET, la edad que tengan los futuros adoptantes en ese momento de inicio de descanso será la determinante en el período mínimo de cotización. Este periodo de suspensión podrán comenzar a disfrutarlo hasta cuatro semanas antes de la Resolución por la que se formalice la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha Resolución.

En lo referente a los empleados públicos, el Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 49 b) dispone que además de lo anteriormente señalado, cuando se deba realizar ese desplazamiento, los empleados públicos poseerán de un permiso de hasta dos meses de duración durante el cual percibirán exclusivamente retribuciones básicas.

Para el caso en que se hubiera reconocido el derecho al subsidio al inicio del período de descanso teniendo en cuenta las cuatro semanas en que puede anticiparse su disfrute, y, una vez dictada la correspondiente Resolución judicial o administrativa, no se acreditará el período mínimo de cotización, este derecho al subsidio quedaría extinto, no considerando indebidas las prestaciones percibidas hasta ese momento. Si hubieran transcurrido las cuatro semanas y aún no hubiera recaído la correspondiente Resolución judicial o administrativa, la Entidad Gestora podrá suspender de forma cautelar el percibo de la prestación hasta que se produzca la correspondiente resolución judicial o administrativa. En los casos en que el subsidio hubiese sido reconocido y la adopción o el acogimiento internacional finalmente no se produjese, los interesados no estarán obligados a devolver las prestaciones percibidas hasta el momento de la denegación, o, en su caso, hasta el momento en que se hubiera suspendido su abono, por el transcurso del período de cuatro semanas⁷⁹.

Además en relación a esto aunque ya lo hemos señalado anteriormente, volvemos a recordar que las resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y

⁷⁸ SANZ MERINO, AR, (Marzo 2010) “La protección social... *cit* (p. 8).

⁷⁹ Artículo 5.4 RD 295/2009.

efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cualquiera que sea su denominación, se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, ya que es indiferente que la resolución haya sido dictada por una Institución nacional o extranjera. No siendo equiparables otras modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente como bien dispone el artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009⁸⁰.

4.G) La prestación económica

La prestación económica por paternidad se trata de una de las más importantes y relevantes aportaciones de la cual nos ha dotado la LOI, con el objetivo de mejorar las condiciones laborales y conseguir esa igualdad efectiva entre hombres y mujeres; siendo esto posible mediante la promoción y mantenimiento de la corresponsabilidad de ambos progenitores en cuanto a las obligaciones y responsabilidades ocasionadas por el cuidado de los hijos, y también mediante el fomento de la conciliación de la vida laboral y de la vida familiar de los/as trabajadores/as, recurriendo a mecanismos que lo implanten de manera progresiva, armonizada y por la gradual “asexualización” de las Instituciones Jurídico-Laborales conciliadoras que ya existen.

Pero para ello necesita imprescindibles mecanismos de procura económica, que aseguren unas rentas de sustitución que hacen posible y aseguran la estabilidad económica, durante el espacio temporal en que este se hace cargo de las obligaciones y responsabilidades familiares que le corresponden.

Respecto a esto, la LOI crea la “prestación por paternidad” dirigida a garantizar la situación económica de los padres que se encuentran disfrutando de la suspensión del contrato de trabajo por el uso del permiso de paternidad. Así pues, la regulación jurídica de esta situación protegida por paternidad se encuentra en los artículos 183, 184 y 185 de la TRLGSS.

- **4.g.1) *Los sujetos beneficiarios***

El Legislador se refiere a situación protegida al periodo en el que se suspende el contrato de trabajo al trabajador/a debido a una causa como el nacimiento de hijo/a, la adopción, y la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Es decir, en el

⁸⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, JC; PÉREZ YÁÑEZ, RM, (2009) “Sobre la regulación de las prestaciones... cit (p. 2).

ordenamiento de la Seguridad Social se regula el contenido económico de la suspensión contractual. Por ello muchas cuestiones ya han sido apuntadas, como sería la regulación de la situación protegida del artículo 183.

En el artículo 184 de la TRLGSS establece como beneficiarios/as del subsidio por paternidad *“las personas incluidas en este Régimen General que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 165.1, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”*.

El artículo 165 del TRLGSS (y artículo 23 RD 295/2009) exige como condiciones de las prestaciones⁸¹:

1. Cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de las prestaciones, con el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.

Conforme se ha señalado en la metodología y puesto que el estudio se centra en la prestación en el régimen general se exige:

Estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social. Las Situaciones asimiladas a la de alta (artículo 24 RD 295/2009) son:

“1ª La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.

2.ª El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46.1 y 48.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.ª El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

⁸¹ SANZ MERINO, A.R (Marzo 2010) “La protección social..., cit (p. 32).

5.ª La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.

6.ª Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, cuando, en supuestos de adopción o acogimiento, el subsidio por maternidad sea percibido por el otro progenitor.

8.ª El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas

9.ª Los períodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos, que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad”.

Se debe tener en cuenta también que, como se dice en el artículo 8.8 del RD 295/2009 las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad y paternidad.

2. En los reconocimientos de prestaciones que exijan de una cotización previa, serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas, o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias.
3. Las cuotas que corresponden a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones.
4. Para prestaciones derivadas de accidente tanto de trabajo como si no lo fuese o por enfermedad profesional, no será necesario para obtener el derecho a la prestación periodos previos de cotización.
5. El periodo de suspensión con reserva del puesto de trabajo (Artículo 48.10 del TRET) para supuestos de violencia de género, se considerará período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y

supervivencia, maternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

6. El periodo por maternidad o paternidad que perdure cuando se produzca la extinción del contrato de trabajo, o que comience durante la percepción de la prestación por desempleo, se considerará período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Así pues, podrán hacer uso y disfrute del permiso por paternidad los que cumplan todos estos requisitos, y como ya se ha visto puede ser:

- ❖ El padre biológico.
- ❖ El varón cónyuge o pareja de hecho de la madre biológica, o “el otro progenitor” cuando reconozca al hijo como suyo, o lo adopte si no es padre biológico.
- ❖ En los casos de matrimonios de mujeres, será el cónyuge de la madre biológica solo en el caso de que lo adopte, a la que se le otorgará la condición de “otro progenitor”. No obstante, ya hemos dicho que en estos casos se debería acudir a la filiación no adoptiva.
- ❖ En matrimonios de hombres, será uno de los dos cónyuges adoptantes.
- ❖ En los casos de acogimiento, será el padre de acogida para parejas o matrimonios heterosexuales, y uno de los dos padres o madres de acogida para parejas o matrimonios homosexuales.

Comparando este artículo 184 del TRLGSS sobre los beneficiarios del permiso por paternidad, con el artículo 133 nonies ya derogado de la LGSS, podemos destacar un avance en cuanto a la terminología, ya que en el derogado artículo se denomina a los beneficiario con el termino de “trabajadores”, sin embargo en este actualizado artículo 184 el termino que utilizan es “personas”. El uso de este término “trabajadores” se debía a varias razones, una de ellas es la referencia única hacia los varones como beneficiarios de esta prestación económica, lo cual dejaba desamparados sin esa protección económica a matrimonios entre mujeres adoptantes de un hijo, ya que aunque una de ellas hace uso de este permiso destinado a los “trabajadores” la terminología no es la correcta, ya que esta no se trata del padre del hijo nacido, sino que se trata del “otro progenitor”. Otra de las razones de la utilización de este término

podría ser el uso sexista del lenguaje, refiriéndose con el término “trabajadores” tanto a hombres como a mujeres, al utilizarlo como un sustantivo genérico neutro.

- 4.g.2) *Cotización*

Con respecto a la cotización previa se exige⁸²:

Tener cubierto un período mínimo de cotización de (artículo 184 TRLGSS):

- 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del inicio de dicha suspensión o permiso, o, alternativamente,
- 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha.

A efectos de acreditar el período mínimo de cotización habrá de tenerse en cuenta los siguientes aspectos específicos:

Consideración como período de cotización efectiva:

- La excedencia por cuidado de hijos/as y de familiares (artículo 137 TRLGSS) y la consideración de cotización a tiempo completo en casos de reducción de jornada por la misma causa.
- El período por paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

En los supuestos de pluriactividad:

- Podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos.
- Si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.
- Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos, siempre que no se superpongan, y se

⁸² PANIZO ROBLES (2009) “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (comentario al RD 295/2009 (LA LEY 4448/2009), por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social* (CEF), nº 313 (p. 48 y ss.).

causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización (artículo 49 TRLGSS).

En situaciones de pluriempleo, el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente período de descanso. En el caso del trabajo a tiempo parcial habrá que estar a las normas específicas del artículo 277 TRLGSS, que nos relata la duración del subsidio.

Con respecto a la suspensión del contrato de trabajo por el uso del permiso de paternidad, la obligación de cotizar se mantiene durante ese periodo tal y como se regula en el artículo 144.4 del TRLGSS. Las normas jurídicas que legislan la cotización en casos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad determinan que la cuota a ingresar se calculará de la siguiente forma:

1º La base de la cotización que se aplicará para las contingencias comunes será la que corresponda al mes anterior al de la fecha de paternidad.

2º Para calcular la base de contingencias profesionales se utilizarán las mismas reglas de las contingencias comunes.

3º En referencia a la cotización por contingencias profesionales, durante la situación de paternidad del trabajador, la empresa debe aplicar las tarifas contenidas en la disposición final 13ª. Ley 2/2008, de 23 de diciembre (LA LEY 2305/1994).

Durante la prestación de paternidad, todas las cuotas satisfechas en ese periodo, se computarán en los periodos de cotización exigible a efectos de las pertinentes prestaciones, tal y como se deduce del artículo 165.3 LGSS.

- 4.g.3) *La cuantía de la prestación*

Hay que señalar que la prestación económica por paternidad se regula en el artículo 185 del TRLGSS, la cual se basa en un subsidio que se delimita siguiendo la forma que establece el artículo 179 de esta misma Ley, para la prestación por maternidad. La referencia anterior, implica que los sujetos beneficiados de la prestación por paternidad tienen derecho a recibir un subsidio del 100% de la base reguladora que corresponda al trabajador/trabajadora beneficiario/beneficiaria. La citada base reguladora es la que corresponde a la que se utiliza para el cálculo de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. De esta manera con carácter general, la base de cotización que corresponda a la mensualidad inmediatamente anterior a la baja, la cual

no se verá variada por ninguna posible modificación salarial exceptuando las que estén pactadas en convenio colectivo, y sus efectos se retrotraigan a una fecha anterior a la del hecho causante de paternidad.

En cuanto a la base reguladora diaria para las prestaciones por paternidad y maternidad, el artículo 248 del TRLGSS señala lo siguiente “...será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre trescientos sesenta y cinco”.

Hay que tener en cuenta que durante el permiso de paternidad se deberá continuar con la obligación de cotizar tal y como indica el artículo 144.4 del TRLGSS, el cual complementa la acción protectora del sistema de Seguridad Social para esas situaciones tal y como se establece en el artículo 165.3 TRLGSS “Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos periodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones”⁸³.

Respecto a los sujetos obligados, a la parte empresarial solo le corresponde cotizar e ingresar aquella parte de la cuota que sea de su cargo, mientras que la parte correspondiente al trabajador o trabajadora se descontará de forma directa de la prestación a percibir en el momento de hacerla efectiva por la Entidad Gestora, la cual la ingresará en la Tesorería General de la Seguridad Social. Cuando los trámites del pago del subsidio por paternidad se encarguen al Instituto de Empleo por la Entidad Gestora correspondiente (debido a que el beneficiario/a se encuentra disfrutando de la prestación por desempleo en el espacio temporal de inicio de la situación de paternidad), de la cuantía de dicho subsidio se deducirá el importe de la cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del beneficiario⁸⁴.

En relación a esto, como ya se ha dicho, debemos tener en cuenta que el artículo 165 del TRLGSS dice “El periodo por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad

⁸³ GARCIA VIÑA, J, (Quincena del 16 al 30 Sep. 2009) “El permiso de paternidad...cit (p. 8).

⁸⁴ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P; GARRIGUES GIMENEZ, A, (2008) “El permiso y la prestación por paternidad...cit (p. 104).

permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”⁸⁵.

4.H) La extinción del derecho a la prestación

El artículo 26 del Real Decreto 295/2009 en sus apartados 7 y 8 recoge las causas extintivas del derecho a disfrutar la prestación económica por paternidad⁸⁶:

- Debido al transcurso del plazo máximo de duración previsto del periodo suspensivo correspondiente.
- Reincorporación voluntaria al trabajo del/la beneficiario/a del subsidio de forma anticipada al cumplimiento del plazo máximo de duración del periodo suspensivo.
- Fallecimiento del hijo o acogido, sin embargo si el subsidio ya ha sido reconocido, no se extinguirá este derecho.
- Fallecimiento del/la beneficiaria, con la excepción de que pueda seguir disfrutando el periodo suspensivo el progenitor vivo, conforme a las condiciones legalmente o reglamentariamente establecidas.
- Por causar el beneficiario pensión de jubilación o de incapacidad permanente.
- Otras causas están referidas expresamente a las de la prestación por maternidad, el artículo 185 del TRLGSS nos remite a las causas establecidas en el artículo 180 que dice así *“El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso”*.

Señalar también que la introducción en el artículo 217.1b) del TRLGSS de la prestación económica por paternidad, provoca que se incluya a las personas perceptoras de dicha prestación en la lista de eventuales sujetos causantes de las prestaciones por muerte y supervivencia en el artículo 216.

⁸⁵ PANIZO ROBLES (2009) “La nueva regulación reglamentaria...*cit* (p.50).

⁸⁶ SANZ MERINO, A.R (Marzo 2010) “La protección social...*cit* (p. 33).

- 4. h.1) Posible interacción entre la situación/prestación por paternidad y una eventual situación por incapacidad temporal.

Sobre la concurrencia con la extinción de la relación laboral⁸⁷, podemos añadir que puede producirse una situación conflictiva en la dinámica de la prestación, cuando dos situaciones protegidas como es la del permiso de paternidad y la de incapacidad temporal se suceden, se solapan o se concatenan.

Existe un problema, que es la inexistencia de un desarrollo reglamentario que concrete los detalles correspondientes al régimen jurídico, el cual debería estructurar las reglas en ciertos casos de forma análoga a las establecidas para el permiso de maternidad. Para respaldar lo anterior, se dan dos razones:

- La aplicación de las reglas en los supuestos de disfrute por el padre del permiso y de la prestación por maternidad.
- La identidad tanto en la prestación por maternidad y paternidad, debido a que ambas se ordenan a la protección económica de los trabajadores/as durante los permisos destinados al cuidado temprano del hijo/a o menor acogido, y al apropiado establecimiento de las relaciones afectivas con el mismo. La identidad se puede observar en las situaciones de ambos permisos biológicos ya que en el descanso obligatorio por maternidad, la acción protectora engloba la recuperación física de la madre, a la que concurrirá no solo su descanso sino también el permiso del padre que mediante dicho permiso ayudará a la recuperación de la madre debido a que el padre también cuidará del hijo.

En el caso de extinción del contrato de trabajo del beneficiario o beneficiaria podemos ver ciertas situaciones:

- a) La extinción se produce una vez iniciado el permiso por paternidad:
 - La prestación por paternidad se recibirá hasta el final de dicha situación, volviendo el beneficiario a su término a pasar a la situación de incapacidad temporal, por cuanto esa situación se originó estando en vigor el contrato laboral.
 - De la misma forma sucede si la extinción del contrato laboral se origina en el periodo del disfrute del permiso tal como establece el artículo 284.1

⁸⁷ GARRIGUES JIMÉNEZ, A. (2008) “Paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos en el empleo público”, *Actualidad Laboral*, núm. 16 (p. 1928 y ss.).

del TRLGSS “*Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad*”. Si el permiso por paternidad se disfrutaba en régimen de jornada laboral a tiempo parcial, debido a la extinción del contrato, a continuación de ese momento se recibirá en su totalidad el subsidio por paternidad hasta su extinción.

- Si el padre u otro progenitor ya disfrutase en ese momento de la prestación por paternidad, en régimen de jornada laboral completa o a tiempo parcial, la prestación que le corresponda se mantendrá en las condiciones en que la estuviese recibiendo. Cuando finalice el permiso, si continuase la situación de incapacidad temporal, se reanudará el cómputo interrumpido y el abono del subsidio que le corresponde.

b) La extinción se produce antes del inicio del permiso por maternidad:

- Debemos tener en cuenta lo legislado en el artículo 284.2 del TRLGSS “*Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda.*

Si el trabajador pasa a la situación de maternidad o de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social prevista en el artículo 265.1.a).2.º y pasará a percibir la prestación por maternidad o por paternidad, gestionada directamente por su Entidad Gestora. Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, en los términos recogidos en el artículo 271.4.b), por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión”.

- Si el trabajador o trabajadora no ha pasado la situación de desempleo total recibiendo prestación económica de nivel contributivo o dicha prestación se hubiera extinguido durante la incapacidad temporal anterior a la situación de paternidad, debería causar derecho a la prestación económica derivada de dicha circunstancia, interrumpiéndose de esta forma la incapacidad temporal anterior al nacimiento, adopción o acogimiento, y el abono del subsidio, que sería sustituido por el subsidio asignado legalmente a esta situación.
- Se podrá acceder a la prestación económica por paternidad, en el caso de que entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación de paternidad, no se dé solución de continuidad, ya sea por originarse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del permiso por paternidad el mismo día, al producirse esta al día siguiente de aquella.

- 4.h 2) La gestión de la prestación por paternidad

El artículo 28 Real Decreto 295/2009 sobre la gestión de las prestaciones económicas por paternidad, determina que la gestión de la prestación económica por paternidad será llevada a cabo por la Entidad Gestora que corresponda, la cual a su vez realizará el pago del subsidio, sin posibilidad alguna de participación en la gestión, por parte de las empresas. Sin embargo, debemos tener en cuenta situaciones especiales como la de trabajadores que percibiendo el desempleo total, pasen a situación de maternidad. En estos casos, la Entidad Gestora podrá encomendar la gestión del pago de la prestación al Instituto Nacional de Empleo, realizándose por periodos vencidos el pago de este subsidio.

Según el artículo 30 sobre la solicitud de la prestación económica por maternidad del Real Decreto 295/2009 *“El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por paternidad se iniciará a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que aquél tenga su domicilio”*. Todo ese artículo detalla la documentación y trámites precisos.

4. I) Referencia al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas

Respecto al permiso de paternidad del que podía disfrutar este personal se ha presentado una cuestión particular: Así, la Disposición Adicional 19 LOI modificó diversos preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, entre ellos, el artículo 30.1 a) “los funcionarios públicos por causa justificada de "nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo" tenían derecho a un permiso de "quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción”. Este artículo no fue incluido entre los apartados derogados por la Disposición Derogatoria única b de la Ley 7/2007 de 12 abril, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)⁸⁸. Al no regularse de forma separada el anterior permiso de paternidad de "dos días cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cuatro días cuando sea en distinta localidad", recogido en la Ley 30/1984, el personal funcionariado tenía un solo permiso de *quince días* de ausencia al trabajo con causa de la paternidad.

El artículo 49 EBEP (2007), en el apartado "Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género", en su apartado c) dispone: "Permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo: tendrá una duración de *quince días*, a disfrutar por el padre o el otro progenitor". Pero además, el artículo 51 EBEP, establece que: "Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido *en este Capítulo y en la legislación laboral* correspondiente".

Eso planteaba *un problema de compatibilidad, es decir, había pretensiones en las que se pretendía disfrutar de los dos permisos acumulados*. El TS en la STS de 19 de mayo 2009, Ar. 4167, concluyó que “las normas jurídicas relativas al permiso de paternidad, (...) no podían aplicarse acumulativamente, al tener destinatarios distintos, la contenida en el artículo 48 bis ET a los trabajadores aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del EBEP, y la regulada en el artículo 49 EBEP a los funcionarios incluidos en su ámbito, aunque puedan existir pequeñas diferencias favorables a uno u

⁸⁸ Hoy regulado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

otro; pero nunca puede suponer acumular 28 días de libranza que resultaría de la acumulación”⁸⁹.

4.J) La maternidad subrogada

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como el contrato por el que una mujer acepta portar en su vientre un niño/a por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido/a, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales: inseminación artificial o fecundación *in vitro* (en lo sucesivo, FIV). En el primero, la gestante aporta su propio material reproductor y es inseminada con gametos del comitente o de un donante (se habla de “subrogación tradicional”) mientras que, cuando se apoya en una FIV, los gametos pueden provenir total o parcialmente de los comitentes, o pertenecer a terceros donantes (“subrogación gestacional” *stricto sensu*). Pero en la maternidad subrogada, por el contrato, la gestación puede suponer que la mujer gestante sólo aporte su útero y la pareja comitente aporte su material reproductor previamente fecundado, que se implantaría en el útero de la primera para su gestación. También puede ocurrir que la madre gestante aporte sus propios óvulos que serán fecundados por los gametos del varón comitente o de otro varón. Pero también, puede ocurrir que el material reproductor implantado en el útero de la mujer gestante no provenga de los comitentes sino de terceras personas ajenas al contrato⁹⁰.

En nuestro país la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA) en su artículo 10 declara la nulidad de este contrato que además está tipificado como delito en el código penal.

Pero eso no impide acudir a otros países que permiten este tipo de gestación. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en su Resolución de 18 de

⁸⁹ Las diferencias se resumían en la existencia de 2 permisos diferentes para el personal laboral (2 por nacimiento y 13 por suspensión) o un solo permiso en el caso de personal funcionariado de igual duración. En el mismo sentido SSTSJ de Canarias de 2 de noviembre de 2009, Ar. 626; de Andalucía Sevilla de 26 de junio de 2012, Ar. 187; de Cataluña, de 8 de marzo de 2013, Ar. 1679. En sentido contrario, defendiendo la complementariedad: STSJ del País Vasco, de 17 de enero de 2009, Ar. 332. Expresamente la STSJ de Islas Canarias Santa Cruz de Tenerife, de 8 de noviembre de 2011, Ar. 80366 señala que, “el problema nace por la utilización de la conjunción “y”, que, por pura gramática, no ofrece preferencia por uno u otro de los términos unidos por esta conjunción copulativa, pero los destinatarios son diferentes”.

⁹⁰ Bayarri Martín M. *Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

febrero de 2009, admitió la inscripción en el Registro Civil español de unos gemelos nacidos por gestación por sustitución en California, señalando que el documento auténtico extranjero, con fuerza en España según las leyes o los tratados internacionales, es título suficiente para inscribir el hecho de que da fe. El fundamento en el que sustenta esta Resolución lo encuentra la DGRN en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, que establece que *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”*⁹¹. Posteriormente, DGRN sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, estableció:

- La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, *sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.*
- En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Sin embargo, el TS en sentencia de 6 de febrero de 2014 (Ar. 833) deniega la inscripción de unos niños nacidos en California de un vientre de alquiler y a los cuales un matrimonio de varones homosexuales pretendía inscribir como hijos suyos “se deniega, no la inscripción en sí misma, sino la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes (...) La normativa del Registro Civil regula esta cuestión exigiendo que en el Registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España, y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española (...) En el derecho europeo es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio. En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida considera nulo el contrato de gestación por sustitución, y determina la filiación materna por el parto, con la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico (...) esa previsión legal constituye el orden público internacional español. Así, las normas aplicables a la

⁹¹ Bayarri Martín M. *Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, *integran el orden público internacional español, siendo éste el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan*”.

También los tribunales de orden social han debido manifestarse sobre la posibilidad del uso del permiso por paternidad en estas situaciones, dando respuestas muy diferentes. Los argumentos en los casos en que ha concedido el permiso de paternidad han sido el interés y la tutela del menor; en los supuestos en los que se deniega se defiende que la no concesión del permiso no es una causa de discriminación. No obstante, es más fácil conceder el permiso por paternidad, que el permiso de maternidad, en los casos examinados.

El problema se produce porque este tipo de filiación no está previsto entre los supuestos que permiten disfrutar del permiso de maternidad o el de paternidad, ni en el artículo 48 del ET, ni en la LGSS, ni en el RD 295/2009, pues no se trata de un parto, ni de una adopción, ni de un acogimiento. Pues bien, en la práctica los problemas se han planteado porque los sujetos que han recurrido a la maternidad subrogada han visto como se les denegaba la prestación por maternidad, y en algunos casos han optado por demandar a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Nacional de la Seguridad Social⁹².

Las soluciones se pueden distinguir en lo siguiente:

- a) Si hay un padre y una madre, el problema es que no se trata de adopción, porque nadie puede adoptar a hijos/as biológicamente suyos/as.
- b) Cuando hay una madre exclusivamente (que acude a una maternidad subrogada), no hay problemas, porque se trataría de un caso de compatibilidad de prestaciones con maternidad por adopción.
- c) Si el único progenitor es un varón, el problema es que existe una madre biológica que ha renunciado a su patria potestad, pero el varón es biológicamente “padre”, pero no “madre”. Disfrutar del permiso de maternidad resulta complicado

⁹² MORENO MARQUEZ, A, Discriminación y paternidad
<http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/ANA%20MARIA%20MORENO%20MARQUEZ%28mmarquez@der-pr.uc3m.es%29/TCDISCRIMINACIONYPATERNIDAD.pdf>. Véase STSJ del País Vasco, de 3 de mayo de 2016, Ar.17724.

jurídicamente porque no hay fallecimiento de la madre, que sería el caso para poder acumular los permisos, porque la madre no ha fallecido (artículo 3.3 RD 295/2009). En todo caso, no es una adopción; no se pueden adoptar a hijos/as biológicamente del progenitor.

Los argumentos utilizados para resolver esta situación son diversos:

1.- Cuando hay un solo progenitor varón, lo asemejan al caso de familia monoparental, y le permiten disfrutar del permiso de maternidad y el de paternidad, pero descontando el segundo del primero, y ello debido a la cláusula general y principio esencial que representa *el interés superior del menor*, buscando la solución más favorable (STSJ de Madrid, de 23 de diciembre de 2014, Ar. 406). Lo considera semejante al supuesto de familias monoparentales⁹³; puesto que existen dos progenitores conocidos, pero uno de ellos no ejerce sus deberes de cuidado, no solo porque no media convivencia sino porque ha renunciado expresamente a todos sus derechos. Reconoce el derecho al disfrute de la prestación de maternidad por ser *más beneficiosa para el niño*. “Dejar a los menores que se encuentran en la presente situación únicamente con la posibilidad de recibir el cuidado y atención del *exiguo período del descanso de paternidad colisiona con el principio general* representado por el interés superior del menor consagrado”⁹⁴. *Pero se debe descontar del permiso por maternidad el periodo disfrutado por paternidad* “pues, en caso contrario, se le reconocería una mejor situación respecto de la legalmente prevista compatibilidad” (STSJ de Madrid, de 23 de diciembre de 2014, Ar. 406) rechazando que sea un problema de compatibilidad, o no, de las prestaciones.

2.- Si hay dos varones, las soluciones han sido diferentes:

a) Se concede el permiso de paternidad a uno de ellos, y al otro el de maternidad porque se compara con un supuesto de adopción (STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012, Ar. 2503) “ (...) debe repararse en que la unión **entre personas del mismo sexo** permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquellos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, *sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los*

⁹³ Rechazando la semejanza con el supuesto de fallecimiento del “otro progenitor”.

⁹⁴ SSTSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015, Ar. 954 y de 1 de julio de 2015, Ar. 1826.

que puedan asimilarse a los mismos, como es el caso presente según más adelante se verá, sobre la base de que la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja. (...) Es incuestionable que la protección por maternidad biológica no es posible en este caso porque el actor no es mujer y no ha sufrido un proceso de gestación ni ha parido. Su condición de progenitor no obsta para excluirle de aquella condición de "madre", aunque se le integre como progenitor B, ya que no la ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante "gestación por sustitución". (...) Ciertamente, el demandante y su pareja no han acudido a la figura jurídica de la adopción para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen. (...) Ahora bien, parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como "progenitores", ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos. (...), que es difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor"⁹⁵.

Igualmente la STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015, Ar. 954, equipara esta situación a la adopción, de tal manera que "si en los demás supuestos distintos a la maternidad natural, se reconoce el derecho a la prestación para procurar la atención del menor, esta finalidad también concurre en el presente supuesto... (debiendo) incluirse al mismo en algunas de las situaciones que dan lugar al derecho a una prestación que, como la de maternidad, da "cobertura a una

⁹⁵ En el mismo sentido, STSJ Castilla-León, de 5 de mayo de 2010, Ar. 215499.

situación de intereses complejos entre los que destaca, como predominante, la atención al menor durante la etapa inicial de su vida familiar, *la 14/2006 no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores (...)* cuestión ajena a este litigio donde se trata de proteger el derecho del menor, que quedaría desamparado en base a una hipotética tutela de un anónimo derecho biológico". No se puede invocar válidamente "hipotéticos derechos biológicos naturales, de personas anónimas que difícilmente podrán ostentarlo dada su nacionalidad (...) frente a los hechos ciertos y reales (...)". El artículo 133 bis no se puede hacer "de peor derecho el de progenitores del mismo sexo respecto de la constituida por miembros de distinto sexo (...) sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja" (...) en la prestación de maternidad por parto (se advierte) es la madre biológica la que tiene reconocido el derecho y sólo en contadas situaciones y circunstancias el legislador permite que pueda transferirse ese derecho al otro progenitor, que lo obtendrá como tal derecho de maternidad y por existir madre biológica. La finalidad de la maternidad por parto (...) no es equiparable con la situación (litigiosa) (...) porque, además de la finalidad que se persigue con esta concreta protección (salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido), su situación, en relación con el hijo, no sería en modo alguno semejante a aquella en la que se encuentra la mujer que va a alumbrar un hijo, incluso aunque aquél mantuviera vínculo biológico con éste, que le colocaría en la posición de progenitor pero no en el de madre. Junto a la maternidad por parto, la norma menciona la maternidad por adopción y acogimiento familiar donde los sujetos beneficiarios son los que ésta identifica como progenitores de tal clase. (...) Esta reconocida similitud permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece "desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. (...), la filiación de la que trae causa "fue declarada por sentencia" e inscrita "en el Libro de Familia del actor (de nacionalidad española) y su esposo como hijo, (...) la Circular de 11 de julio de 2014, el BOE de 22 de julio de 2011 señala que "Sólo

procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas” sin que obste a ello el artículo 10 LTRHA, “pues lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato gestacional, sino el reconocimiento de una decisión judicial extranjera válida y legal conforme a su normativa (...) La constancia registral (del progenitor biológico) no puede llevar a privar (al menor) de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece”.

- b) Todo lo contrario defiende la *más reciente* STSJ Madrid de 5 de octubre de 2015, Ar. 253456, figurando el actor y su marido como progenitores de una niña. Se le deniega la prestación por maternidad por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a efectos de la prestación de maternidad y no tener encaje legal en la misma “nuestro ordenamiento no admite la denominada maternidad subrogada, al ser nulo el contrato que la sustenta, ni la misma está contemplada como situación protegida a efectos del reconocimiento de la prestación por maternidad, pues no deriva del parto, ni es asimilable, como situación distinta, a la adopción ni al acogimiento, y con ella se trata de proteger a la mujer trabajadora, siendo el interés del menor una consecuencia, pero no, como así afirma la recurrente, el principal bien protegido en el reconocimiento del derecho a la prestación”.

3.- *En ningún caso se admite la razón de la discriminación* para defender el disfrute de permisos en esta situación (STSJ Madrid de 5 de octubre de 2015, Ar 253456). “La jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea recogida en dos sentencias de 18 de marzo de 2014 en relación a la denominada maternidad por sustitución (ambas de 18-3-2014, asuntos C-167/12 y C- 363/12, respectivamente). Afirma lo que sigue: "1) La Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que *los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución*, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. 2) El artículo 14 de la Directiva 2006/54 *debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de*

gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo; 3) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño, y que ha recurrido a un “convenio de gestación por sustitución”. En esta argumentación se basa la STSJ de Madrid, de 7 de julio de 2014, Ar. 244222, en la que un matrimonio compuesto por mujer y varón que tienen un hijo biológico en california por contrato de “vientre de alquiler”, se les deniega la prestación por maternidad y paternidad por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida, a los efectos de la prestación de maternidad y paternidad.

Por todo ello, no se están dando soluciones uniformes, y en ese aspecto se está negando una realidad evidente, y ello a pesar de que los pronunciamientos judiciales de la jurisdicción social ponen en un primer plano “el interés del menor” en muchas ocasiones, a diferencia de las soluciones que dan los tribunales de la jurisdicción civil que dan preferencia a los efectos de la inscripción registral.

5. CONCLUSIONES

El trabajo que hemos realizado examina el permiso de paternidad, intentando reflejar en todo momento lo que supone y alcanza, así como temas generales relacionados con la LOI, y más concretamente el ejercicio específico de este derecho, así como su interpretación por los tribunales.

PRIMERO: Una de las cuestiones que hemos trabajado ha sido relacionar este permiso con el tema de la conciliación/corresponsabilidad. Es muy importante que estos dos términos sean complementarios, se aúnen intentando finiquitar así la discriminación existente en la actualidad, ya que, desgraciadamente, la conciliación en el ámbito laboral tiene como efecto “establecer ausencias” de las mujeres en el ámbito laboral, permisos como el de paternidad podrían cambiar esta situación.

Nos parece necesaria la existencia de permisos que necesariamente deban ser utilizados por el “otro progenitor”. Es más, nos gustaría destacar que no coincidimos con muchas

de las afirmaciones que hace el TC sobre la existencia de razones biológicas para reservar permisos exclusivamente para “la madre”.

Las causas biológicas deben quedar limitadas a cuestiones de salud y al hecho de que deba ser la madre la que está embarazada, y tenga el hijo/a. Entendemos que el TC extiende estas razones más allá de ese hecho, y aunque a veces busca con ello beneficiar a la mujer, el efecto creemos que es el contrario; obligar a que sea la madre biológica la que “falte” al trabajo. Con ello se perjudica a la relación del padre/otro progenitor con las tareas de cuidados de los hijos/as. Pero, sobre todo, la razón biológica no puede justificar que exista un vínculo más grande con el nacimiento natural en lugar de con la adopción, o más intenso con la madre que con el padre, que es lo que defiende la STC 25/2011.

SEGUNDO: Otra cuestión que hay que tener en cuenta es que cuando un padre asume las responsabilidades familiares, no puede acudir a toda la protección del derecho a la no discriminación por razón de género y sexo, ya que este derecho es unilateral, y solo puede alegarse por el colectivo perjudicado (STC 26/2011). En este caso tanto el hombre como la mujer deben alegar razones diferentes de discriminación. Por un lado, la mujer es la única que está protegida por la no discriminación por razón de género y sexo, sin embargo el hombre no está protegido de esta manera, pero sí puede ser discriminado por razones referidas a la protección a la familia y a la infancia. Nos parece que toda la argumentación sobre la protección de la no discriminación por razón de género está más elaborada; Pero, sin embargo, nos gustaría señalar que la jurisdicción social está haciendo una aplicación muy amplia de todas las argumentaciones, y que por tanto el “padre” que se dedique al cuidado puede llegar a estar igual de protegido por razones familiares que si alegara la discriminación por razón de sexo. De hecho, una de las sentencias que más nos ha sorprendido ha sido la STSJ de Madrid de 11 de julio de 2014, Ar 2056, porque aplica la doctrina del TS de que no es necesario la notificación previa del embarazo para que el despido se considere discriminatorio al supuesto de un trabajador que solicita el permiso de paternidad estando en incapacidad temporal, y es despedido y se considera nulo, a pesar de que el empresario desconocía que había sido padre. Con ello se demuestra que la jurisdicción social extiende toda la protección de la maternidad a la paternidad y se crea una protección semejante.

TERCERO: Uno de los objetivos de la LOI recogido en la disposición transitoria 9 siempre ha sido la ampliación por parte del gobierno del permiso de paternidad, para de esta forma hacerlo más extenso. Esto no se ha podido llevar a cabo aún, y se ha ido aplazando a lo largo de los años hasta la actualidad. Por ello afirmamos que los objetivos de la LOI no se están cumpliendo, y esto es así debido a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y otras leyes económicas, han ido aplazando esta ampliación a lo largo de los años, justificándola con la urgencia de otras necesidades y con la falta de recursos económicos, haciendo inviable el desembolso que supone llevar a cabo esta necesaria medida. De este modo, si uno de los fines de la LOI era favorecer la corresponsabilidad, pero solo temporalmente se aceptaba que un permiso de 13 días era suficiente, si la temporalidad se ha convertido en algo muy duradero entendemos que la “corresponsabilidad” no se está alcanzando, y ello por falta de presupuesto, de manera que un objetivo “social” que pretendía evitar la discriminación de la mujer como se reconocía en la exposición de motivos, se está sometiendo a intereses económicos. La preferencia de las cuestiones económicas sobre las sociales es algo que consideramos que puede tener efectos muy graves que todavía no han sido valorados.

CUARTO: Entendemos que para el ordenamiento jurídico no ha sido fácil adaptarse a las nuevas realidades familiares. Sin embargo, hemos de defender también en esta ocasión la postura de los tribunales del Orden Social, ya que ante problemas como la “maternidad subrogada” eligen atender a la necesidad de cuidado del niño/a en lugar de a otras cuestiones que supondría olvidar la situación del recién nacido. Ya hemos puesto de manifiesto que las cuestiones más formales (identificar al padre, las Resoluciones de la Dirección General de Registro y Notariado etc.) son más aspectos que preocupan a los tribunales civiles que a los sociales.

QUINTO: En cuanto al Derecho comunitario, la incorporación de reglamentos, directivas y disposiciones del ordenamiento comunitario ha dado lugar a una abundante legislación, pudiendo esta llegar a ser confusa en algunos términos debido a su limitada precisión, claridad y concisión. El pilar fundamental que sustenta nuestro ordenamiento jurídico Español es la LOI, que ha pretendido mejorar las condiciones en el trabajo, haciendo posible la conciliación y la corresponsabilidad entre la vida laboral y la familiar. Además aspectos fundamentales de la paternidad como es el propio derecho a su uso, la protección contra la discriminación por su utilización y el derecho de regresar al puesto de origen en el que se encontraba antes de disfrutar del permiso, resultan

garantizados. En todo caso, hasta que la LOI no reconoció el derecho del “otro progenitor”, no disponía de un derecho propio para hacerse cargo de su familia cuando se producía la llegada de un nuevo miembro. Disponían solamente de 2 días previstos por el Estatuto de los Trabajadores para atender a su hijo recién nacido y cuidar de su familia, los cuales eran insuficientes para llevar a cabo estas tareas. Siendo la única solución posible que la madre le cediese al “otro progenitor” parte de las semanas que le correspondían a ella de su permiso por maternidad. Esta situación producía un desamparo al “otro progenitor” que quería atender a sus obligaciones de cuidado, imposibilitando de esta forma cualquier intento de conciliación y corresponsabilidad. Así pues, se estaba afirmando y recalcando el rol de la madre como cuidadora de la familia y criadora de los hijos. Pero cuando se produjo el planteamiento y aprobación del permiso por paternidad, se modificaron muchos artículos del ordenamiento jurídico y de la Seguridad Social, no siempre debido a las previsiones de la LOI, ya que otras muchas normas han incidido y contribuido en la regulación de la suspensión.

SEXTO: Para finalizar nos gustaría destacar que tanto la prestación económica, como el inicio del reconocimiento de la obligación y deseo de atender a los hijos/as que recoge la LOI supone comprender el reparto de las responsabilidades familiares, una vez que la mujer participa en el mercado de trabajo y consideramos que debe ser una persona diferente a su familia, que tenga su identidad. Como se ha visto en el trabajo surgen problemas respecto a las parejas del mismo sexo, pero consideramos que es un síntoma de avance hacia la igualdad al haber cambiado el término “trabajadores” por “personas”, con esto nos vamos acercando poco a poco a la igualdad y dejamos atrás esa única referencia a los varones y ese uso sexista del lenguaje, en el que se dejaba desamparados a los matrimonios de mujeres adoptantes, ya que aunque una de ellas hace uso de este permiso la terminología no es la correcta.

Consideramos que el ordenamiento jurídico va modificándose, aunque sea lentamente, y a pesar de que en la realidad social siguen existiendo situaciones de salarios inferiores para la mujer etc; no obstante, entendemos que permisos como el de paternidad muestran este cambio a pesar de que haya cuestiones en las que nuestra opinión sea negativa.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007) “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Aguilera, nº extra 2.
- ALBERDI, I. y ESCARIO, P. (2007) *Los hombres jóvenes y la paternidad*, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, Madrid.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; PÉREZ YÁÑEZ, R.M, (2009) “Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)”, *Relaciones Laborales*, nº 18, Sección Legislación, Editorial La Ley, Año XXV.
- ALVAREZ CORTÉS, J.A, (Quincena del 8 al 23 Oct. 2007) “Las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad en el campo de la Seguridad Social” *Relaciones Laborales*, nº 19, Sección Legislación, Editorial LA LEY, Año XXIII, tomo 2.
- BALLESTER PASTOR, M. A. (2012) “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan Harremanak*/25.
- BARBER CÁRCAMO R. (2010) “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, 8.
- BARRERE UNZETA, M. (2001) “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 60.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, (2008) “La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007”, *Relaciones Laborales*, nº 5.
- CABEZA PEREIRO, J. (2010) “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental”, *Aranzadi Social*, nº 6.

- CÁNOVAS, A.; ARAGÓN, J. y ROCHA, F. (2005). “Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas”. Cuadernos de Relaciones Laborales, 2 - 1.
- CARRASCO, C. (Marzo 2006) “La paradoja del cuidado: necesario pero invisible”, *Revista de Economía Crítica*, nº 5, Valladolid.
- CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2012) “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, nº 15, Sección Editorial, Año 28, tomo II.
- COMUNIDAD DE MADRID, ÁREA DE FAMILIA Y DE SERVICIOS SOCIALES (2007), “Hablemos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal en nuestras empresas”, *Iniciativa EQUAL*, Madrid.
- CUESTA LOPEZ, V. (2011) “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16.
- FRANCIS LEFEBVRE (2007) “El permiso de paternidad”, (Coord. LOUSADA AROCHENA), *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid.
- GARCIA VIÑA, J (Quincena del 16 al 30 Sep. 2009) “El permiso de paternidad: Cuestiones laborales y de Seguridad Social”, Editorial La Ley, Actualidad Laboral, nº 16, Sección Estudios, tomo 2.
- GARRIGUES JIMÉNEZ, A. (2008) “Paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos en el empleo público”, *Actualidad Laboral*, nº 16.
- GOMEZ ABELLEIRA, J. (2007) “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AA.VV. (coord. MERCADER UGUINA) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Comisión de Tiempos y Trabajos del Observatorio de la Igualdad (2006), *Estudio sobre buenas prácticas en conciliación de vida laboral, personal y familiar dirigidas a varones*.

- LÓPEZ ESCUDERO, M. (2008) “Artículo 33. Vida familiar y vida profesional”, (dir. MANGAS MARTIN), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA Ed., Bilbao.
- LOPEZ LOPEZ, J. (2002) “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas Laborales* nº 67.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M. (2012) “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak*/25.
- NUÑEZ-CORTES, P. Y GARRIGUES GIMENEZ, A:
 - (2007) “La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de Igualdad”, AA. VV. (dir. GARCIA NINET). *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Ed. CISS-PRÁXIS, cit., Barcelona.
 - (2008) “El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos prácticos, recursos humanos*, nº300, Estudios Financieros.
- PANIZO ROBLES (2009) “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (comentario al RD 295/2009 (LA LEY 4448/2009), por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), nº 313.
- PÉREZ CAMPOS, A. (2014) “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII.
- PÉREZ CASTILLO, A. M. (2007) “La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº extra 3.
- PÉREZ GUARDO, R; SERRANO SERRANO, N. (2013) “¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?”, *Revista de Acciones e Investigaciones Sociales* - n.º 33.

- RAMOS CHAPARRO, E (2006) “Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre matrimonio “homosexual””, *Aranzadi Civil*, n. °1.
- RODRÍGUEZ, M.C. y FERNÁNDEZ, C.M:
 - (2009) “Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2 – 2.
 - (2011) “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, en *Anales de la facultad de Derecho*, 8.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2005) “La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes”, *Temas Laborales*, nº 8.
- SANZ MERINO, A. (2010) “La protección social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural” Esta doctrina forma parte del libro *"Manual básico del sistema de la Seguridad Social"* edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid.
- SERRANO GARCÍA, M. J. (2012) “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, nº 13.
- Texto del proyecto de la LOI aprobado por el Congreso, y remitido al Senado el 29 de diciembre de 2006 (enmienda nº 484 y 485).
- TORNOS MARTIN, T. y ROMERO COLON, S. (Diciembre 08) “La conciliación de las jóvenes trabajadoras: nuevos discursos, viejos problemas”, *Revista de Estudios de juventud*, nº 83.
- TORRENTE GARI, Susana:
 - (2003) “¿Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo?; La Directiva 2002/73”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47.
 - (2013) “El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y de género” AA. VV. (coord. VALLEJO DACOSTA) *Materiales para la elaboración de Planes de Igualdad en el contexto de la Responsabilidad Empresarial*, Zaragoza, Prensas Universidad.

PAGINAS WEB:

- GOBIERNO VASCO, DEPARTAMENTO DE EMPLEO Y POLÍTICAS SOCIALES (2010). ¿Qué es la conciliación personal, familiar y laboral?
http://www.gizartelan.ejgv.euskadi.eus/r45-conccont/es/contenidos/informacion/conc_que_es/es_info/que_es_conciliate.html%20--%3E
- INSTITUTO DE LA MUJER, (2007) *De la conciliación a la corresponsabilidad, buenas prácticas y recomendaciones*, Madrid (p. 11 y ss.).
http://www.muieresespanolas.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=865:de-la-conciliacion-a-la-corresponsabilidad-buenas-practicas-y-recomendaciones&catid=87:igualdad&Itemid=66&el_mcal_month=9&el_mcal_year=2010
- EUROPA PRESS, “La ampliación del permiso de paternidad se aplaza por cuarto año”
http://politica.elpais.com/politica/2014/11/26/actualidad/1417026910_752556.html
- EUROPA PRESS, “El Gobierno descarta ampliar a un mes el permiso de paternidad dada la situación económica”
<http://www.eleconomista.es/empleo/noticias/6256821/11/14/El-Gobierno-descarta-ampliar-a-un-mes-el-permiso-de-paternidad-dada-la-situacion-economica.html>
- MORENO MARQUEZ, A “Discriminación y paternidad”
<http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/ANA%20MARIA%20MORENO%20MARQUEZ%28mmarquez@derpr.uc3m.es%29/TCDISCRIMINACIONYPATERNIDAD.pdf>
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2013) *El principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de la Coruña.
http://ruc.udc.es/bitstream/2183/11720/2/LousadaArochena_JoseFernando_TD_2013.pdf
- Bayarri Martín M. *Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

SENTENCIAS:

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC 65/1987, de 21 de marzo.
- STC 184/1990, de 13 de abril.
- STC 109/1993, de 25 de marzo.
- STC 17/2003, de 30 de enero.
- STC 161/2004, de 4 de octubre.
- STC 14/2006, de 3 de julio.
- STC 324/2006, de 20 de noviembre.
- STC 92/2008, de 21 de julio.
- STC 26/2011, de 14 de marzo.
- STC 25/2011, de 19 de mayo.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 10 de noviembre 2005 Ar. 10084.
- STS de 6 de mayo de 2009, Ar. 2639.
- STS de 19 de mayo 2009, Ar. 4167.
- STS de 15 de septiembre de 2010, Ar. 7428.
- STS de 18 de abril de 2011, Ar. 5814.
- STS de 5 de diciembre de 2013, Ar. 134.

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

- STSJ País Vasco 27 de noviembre de 2007, Ar. 38781.
- STSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2008, Ar. 2748.
- STSJ del País Vasco, de 17 de enero de 2009, Ar. 332.
- STSJ de Canarias, de 2 de noviembre de 2009, Ar. 626.
- STSJ de Madrid, de 16 de abril de 2010, Ar. 233499.
- STSJ de Asturias, de 12 de marzo de 2010, Ar. 153808.
- STSJ del País Vasco, de 30 de marzo de 2010, Ar. 875.
- STSJ Castilla-León, de 5 de mayo de 2010, Ar. 215499.
- STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 de julio de 2010, Ar.4314.
- STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de septiembre de 2010, Ar. 110076.

- STSJ de Andalucía, de 5 de octubre de 2010, Ar. 1171.
- STSJ del País Vasco, de 9 de diciembre de 2010, Ar. 917.
- STSJ de Islas Canarias Santa Cruz de Tenerife, de 8 de noviembre de 2011, Ar. 80366.
- STJS de Andalucía, Sevilla, de 26 de junio de 2012, Ar. 187.
- STSJ de Islas Canarias Santa, de 26 de junio de 2012, Ar. 367294.
- STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012, Ar. 2503.
- STSJ de Cataluña, de 8 de marzo de 2013, Ar. 1679.
- STSJ de Andalucía, de 9 de mayo de 2013, Ar. 234530.
- STSJ de Galicia, de 6 de noviembre de 2013, Ar. 3138.
- STSJ de Madrid, de 7 de julio de 2014, Ar. 244222.
- STSJ de Andalucía, de 14 de julio de 2011, Ar. 2056.
- STSJ de Madrid, de 11 de julio de 2014, Ar. 2056.
- STSJ de Madrid, de 23 de diciembre de 2014, Ar. 406.
- STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015, Ar. 954.
- STSJ de Cataluña, de 1 de julio de 2015, Ar. 1826.
- STSJ Madrid, de 5 de octubre de 2015, Ar. 253456.

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES JUDICIALES DE LA COMUNIDAD EUROPEA:

- STJCE de 12 de julio de 1984, asunto 184/83.
- STJCE de 27 de Junio de 1990, asunto Kowalsa.
- STJCE de 7 de Febrero de 1991, asunto Nimz.
- STJCE de 4 de Junio de 1992, asunto BÖtel.
- STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.
- STJCE de 18-3-2004 (Merino Gómez).

TEXTOS NORMATIVOS CITADOS

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (Vigente hasta el 01 de Enero de 2017).
- Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social).
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (Vigente hasta el 01 de Noviembre de 2015).
- Ley 9/2009, de 6 de octubre, de Ampliación de la duración del Permiso de Paternidad en los casos de Nacimiento, Adopción o Acogida.
- Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.
- Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.
- Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.
- Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017).
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del grado de Discapacidad.
- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 13 de Noviembre de 2015).
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 02 de Enero de 2016).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la corrección del Déficit público.
- Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.
- Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que

se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

- Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.
- Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.
- Directivas 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE.
- Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOL 204, de 26 de julio de 2007).
- Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.